

UNIVERSITE DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes

d'après la Loi fédérale du 18 décembre 1936
revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des Obligations

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
Section des Sciences commerciales et économiques

pour obtenir le grade de

DOCTEUR ÈS SCIENCES COMMERCIALES ET ÉCONOMIQUES

par

PAUL SCHULER

Licencié ès Sciences commerciales et économiques

LAUSANNE
Imprimerie des Arts et Métiers S. A.

1937

L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes

**d'après la Loi fédérale du 18 décembre 1936
revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des Obligations.**

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, Section des Sciences commerciales et économiques, sur le rapport de M. le professeur P. E. Bonjour, autorise la publication de la présente thèse de M. Paul Schuler ; cette thèse a pour titre :

L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES,

d'après la Loi fédérale du 18 décembre 1936
revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des Obligations.

La Faculté ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 28 juillet 1937.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

CLAUDE DUPASQUIER.

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes

d'après la Loi fédérale du 18 décembre 1936
revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des Obligations

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
Section des Sciences commerciales et économiques

pour obtenir le grade de

DOCTEUR ÈS SCIENCES COMMERCIALES ET ÉCONOMIQUES

par

PAUL SCHULER

Licencié ès Sciences commerciales et économiques

LAUSANNE
Imprimerie des Arts et Métiers S. A.

1937

UNIVERSITEIT DE NEDERLAND
FACULTEIT DE RECHT

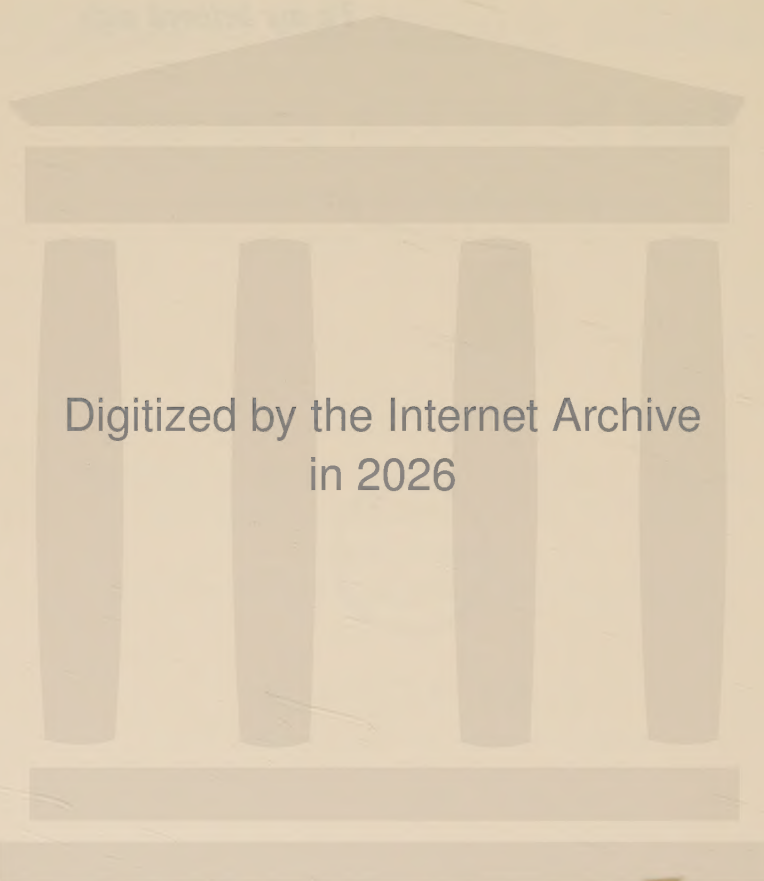
L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes

THÈSE



PAUL SCHILLER

A mes chers parents
To my beloved wife



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Bibliographie

Annales de Droit commercial.

Bachmann. — Kommentar zum O. R. Titel XXIII bis Schluss. Zürich, 1915.

Bachmann. — Die Sonderrechte des Aktionärs. Zürich, 1901.

Bank-Archiv. — Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Berlin dès 1901.

Bergier. — L'abus de la majorité dans les sociétés anonymes. Thèse, Lausanne, 1933.

Bing. — La société anonyme en droit italien. Genève, 1887.

Blenk. — Les actions à vote privilégié. Thèse, Genève, 1931.

Boninsegni. — Manuel élémentaire d'économie politique. Lausanne et Paris, 1930.

Burckhardt. — Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweiz. O. R. Thèse, Berne, 1896.

Chevalier. — Du droit de souscription en cas d'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et en commandite par actions. Thèse, Paris, 1926.

Cohn. — Die Aktiengesellschaft. Zürich, 1921.

Colenbrander. — Ueber das erste Auftreten des Wortes « Aktie » in den Niederlanden, dans Z. H. R. 1901, vol. 50, p. 383.

Copper Royer. — Traité des sociétés anonymes. Paris, 1931. 4^{me} édition.

Curchod. — Le contrôle dans les sociétés anonymes. Thèse, Lausanne, 1933.

Curti A. — Die englische Aktiengesellschaft nach neuem Recht. Systematische Darstellung und Gesetz vom 10. Mai 1929. Berlin, 1929.

Curti A. — Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz. Berlin, 1930.

Curti E. — Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich, 1911.

Dalloz. — Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.

Dictionnaire universel du commerce. — Ouvrage posthume du sieur Jacques Savary des Bruslons. Paris, 1723.

Dumarchey. — Théorie positive de la comptabilité. Paris, 1933.

Düringer-Hachenburg. — Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim-Berlin-Leipzig, 1934.

Egger. — Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch. Zürich, 1909-16.

Egger. — Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, dans Z. S. R. 45. 1.

Encyclopaedia Britannica. — T. 12, sous « India ». Londres, 1929, 14^{me} édition.

- Endemann.* — Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechtes. Leipzig, 1885.
- Ensslin.* — Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft. Thèse, Zürich, 1930.
- Ehrenberg.* — Handbuch des gesamten Handelsrechtes. Leipzig, 1916.
- Fehr.* — Die Einmanngesellschaft nach schweizerischem Recht. Thèse, Berne, 1931.
- Fischer.* — Die Aktiengesellschaft, *dans* Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechtes.
- Flandin.* — Institutions politiques de l'Europe contemporaine. Paris, 1901.
- Gaillard.* — La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme. Thèse, Lyon, 1932.
- Gampert.* — Revision de la législation suisse sur la société anonyme, *dans* Semaine judiciaire, vol. 41, p. 193.
- Gide.* — Cours d'économie politique. Paris, 1930.
- Gierke.* — Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887.
- Gierke.* — Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin, 1868-1913.
- Grünhut.* — Die Börsengeschäfte, *dans* Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechtes.
- Guisan.* — Les dangers de la fiction de la personnalité morale, *dans* Journal des Tribunaux, 1931, III, p. 81.
- Hafner.* — Ueber die Frage der notwendigen Mindestzahl der Aktionäre für die Gründung einer Aktiengesellschaft, *dans* Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, vol. 45, p. I.
- Hallstein.* — Die Aktienrechte der Gegenwart. Gesetze und Entwürfe in rechtsvergleichender Darstellung. Berlin, 1931.
- Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.* — Berlin und Leipzig, 1926.
- Hausheer.* — Die Einmanngesellschaft oder One Man Company. Thèse, Zürich, 1919.
- Hérouart.* — Le contrôle judiciaire des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des sociétés par actions. Thèse, Paris, 1932.
- Holdheim.* — Monatschrift für Aktienrecht und Bankwesen.
- Horrwitz.* — Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Berlin, 1913.
- Horrwitz.* — Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, *dans* Zentralblatt für Handelsrecht, 1926, p. 181.
- Houpin.* — Organisation, compétence et pouvoirs des assemblées générales extraordinaires, *dans* Journ. soc. 1880, p. 538.
- Houpin et Bosvieux.* — Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales. Paris, 1919.
- Hueck.* — Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft. Thèse, Mannheim, 1924.
- Hug.* — Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes. St-Gall, 1934.

Janggen. — Die Stimmrechtsaktie im schweizerischen Rechte, *dans* Neue Zürcher Zeitung, 1933, No 2301.

Janggen. — Das Recht der Aktionäre und die Pflicht der Verwaltung auf Auskunft, *dans* Schweizer-Juristenzeitung, vol. 27, p. 209.

Journal des sociétés civiles et commerciales.

Journal des tribunaux.

Kobelt. — Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechtes in der Schweiz, insbesondere in St-Gallen, bis Ende des 18. Jahrhunderts. Thèse, Zürich, 1916.

Lehmann. — Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin, 1898-1904.

Lyon-Caen. — Du mouvement législatif concernant les sociétés par actions en France et dans les principaux Etats, *dans* Annales de Droit commercial, 1887, vol. 1, p. 65.

Lyon-Caen. — Du droit de modifier les statuts des sociétés anonymes et de la limite des pouvoirs des assemblées générales, *dans* Journ. soc. 1880, p. 277.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial. Paris, 1889-1899.

Magdelaine. — Des assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes. Nature juridique, composition, attributions. Thèse, Dijon, 1903.

Mancini. — Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia od Esposizione dei Motivi del progetto del Codice di Commercio pel Regno d'Italia, *dans* Bing, La société anonyme en droit italien.

Mähring. — Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft und die Opposition. Leipzig, 1926.

Molle. — Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Commanditgesellschaften auf Aktien. Berlin, 1875.

Neue Zürcher Zeitung.

Niess. — L'action à droit de vote privilégié. Thèse, Lausanne, 1930.

Nussbaum. — Aktionär und Verwaltung. Berlin, 1928.

Oehninger. — Les actions de priorité dans les sociétés anonymes. Thèse, Lausanne, 1928.

Ott. — Wie weit muss sich der Einzelwille bei der Korporation des Privatrechtes dem Gesamtwillen unterwerfen? *dans* Schweizer. Juristenzeitung, vol. 12, p. 352.

Pareto. — Manuel d'économie politique. Paris, 1927.

Pascaud. — Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires dans les sociétés anonymes, *dans* Revue des Sociétés, 1895, p. 567.

Pedrolini. — Le competenze della assemblea generale degli azionisti. Thèse, Berne, 1932.

Pic. — Des sociétés commerciales, *dans* Collection Thaller, Traité général théorique et pratique de droit commercial. Paris 1925, 2^{me} édition.

Rambert. — Les sociétés de participations et la société anonyme. Thèse, Lausanne, 1927.

Raubold. — Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft. Thèse, Jena, 1929.

- Renaud.* — Das Recht der Aktiengesellschaften. Leipzig, 1875, 2^{me} édition.
Revue des Sociétés.
- de Reynold.* — La démocratie et la Suisse. Essai d'une philosophie de notre histoire nationale. Bienne, 1934.
- Rossel.* — Manuel du droit fédéral des obligations. Lausanne et Paris, 1905.
- Rossel et Mentha.* — Manuel du droit civil suisse. Lausanne, 1911-1912.
- Rousseau.* — Contrat social, 1762.
- Saleilles.* — De la Personnalité juridique. Histoire et théories. Paris, 1910.
- Schneebeli.* — Die Einmannsgesellschaft. Thèse, Zürich, 1934.
- Schneider und Fick.* — Das schweizerische Obligationenrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen. Zürich 1891, 3^{me} édition.
- Schneider und Fick.* — Das schweizerische Obligationenrecht, unter Benutzung der Praxis bearbeitete Ausgabe durch Schneider. Zürich, 1896-1897, 2^{me} édition.
- Die Schweiz. Aktiengesellschaft.*
- Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen.*
- Schweizer. Juristenzeitung.*
- Schwill.* — L'amélioration de la situation de l'actionnaire d'après le projet de revision du Code des Obligations, dans Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. 1933, p. 353.
- Semaine judiciaire.*
- Sievekling.* — Die Casa di S. Giorgio und ihre Bank, dans Bank-Archiv, 1909. p. 173.
- Smith.* — An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations. Londres, 1825.
- Sontag.* — Die Aktiengesellschaft im Kampfe mit Macht und Recht. Berlin, 1918.
- Staub.* — Kommentar zum H. G. B. Berlin und Leipzig, 1926. 12^{me} et 13^{me} éditions.
- Steiner.* — Ein bemerkenswerter Entscheid, betreffend die sogenannte Einmannsgesellschaft, p. 1;
Die Vertretung der Aktionäre in der Generalversammlung, p. 65;
Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft, p. 113 et 130, dans Die Schweiz. Aktiengesellschaft 1929-1930.
- Suter.* — La responsabilité de la société anonyme, à raison des actes illicites de ses représentants. Thèse, Lausanne, 1935.
- Thaller.* — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1898.
- Thaller et Percerou.* — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1931, 8^{me} édition.
- von Thur.* — Partie générale du Code des Obligations. Traduit par de Thorrenté et Thilo. Lausanne, 1929.
- Tuor.* — Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich, 1932, 2^{me} édition.
- de Vareilles-Saumières.* — Les personnes morales. Paris, 1919.
- Viner.* — Dumping, a problem in international trade. Chicago, 1923.

- Vivante.* — *Traité de droit commercial. Traduit d'après la 3^{me} édition italienne par Escarra.* Paris, 1911.
- Weder.* — *Die Rechtsmängel in Beschlüssen der Aktiengesellschaft.* Thèse, Fribourg, S. 1920.
- Wetti.* — *Der Reservefonds der Aktiengesellschaft im schweiz. Recht, dans Holdheim's Monatschrift für Aktienrecht und Bankwesen.* T. I. (1892), p. 278.
- Wieland A.* — *Darf eine Aktiengesellschaft wirklich unbestraft ihre Aktionäre betrügen ? dans Schweiz. Juristenzeitung,* vol. 10, p. 217.
- Wieland A.* — *Die wichtigsten Reformen des Aktienrechtes, dans Z. S. R.,* vol. 41, N. F., p. 491.
- Wieland A.* — *Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger, nach O. R. Art. 674, dans Z. S. R.,* vol. 23, N. F., p. 260.
- Wieland A.* — *Zu dem Gesetzesentwurf zur Revision des schweiz. Aktienrechtes, dans Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 1929, 3, p. 82.
- Wieland K.* — *Handelsrecht II, Die Kapitalgesellschaften.*
- Wieland K.* — *Die Aktiengesellschaft und die G. m. b. H. im Entwurf eines revidierten Obligationenrechtes, dans Z. S. R.,* vol. 41, N. F., p. 111.
- Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.*
- Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.*
- Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.*
- Zeitschrift für schweizerisches Recht.*
- Zehnder.* — *Die Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, insb. nach schweiz. O. R., mit Berücksichtigung der deutschen und französischen Gesetze.* Thèse, Berne, 1922.
- Zentralblatt für Handelsrecht.*
-

TEXTES DE LOIS ET DOCUMENTS

Abréviations utilisées

- C. O. rev.* Loi fédérale revisant les titres 24 à 33 du Code des Obligations (du 18 décembre 1936).
- C. O.* Code fédéral des Obligations, non révisé.
- C. C. S.* Code civil suisse.
- H. G. B.* Deutsches Handelsgesetzbuch, Allemagne.
- C.* Code de Commerce, France.
- L. soc.* Loi sur les sociétés, du 24 juillet 1867, France.
Codice di Commercio, Italie.
Constitution belge, révisée en 1903, Belgique.
Companies Act, 1862 et 1929, Angleterre.
- P. 1928* Projet du Conseil fédéral, du 21 février 1928, concernant la révision des titres 24-33 du C. O.
- Message C. F.* Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, à l'appui du projet de loi révisant les titres 24-33 du C. O.
- Bull. stén.* Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national et Conseil des Etats).
- R. O.* Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse. Nouvelle série.
Ordonnance fédérale du 20 février 1918 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations. R. O. 24, p. 231.
Procès-verbal de la commission d'experts relatif à la révision des titres 24-33 du C. O. Publié par le Département fédéral de Justice et Police en 1928.
Loi fédérale du 28 juin 1895, concernant le droit de vote des actionnaires des compagnies de chemins de fer et la participation de l'Etat à l'administration des dernières. R. O. 15, p. 291.
Arrêté du Conseil fédéral, du 8 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du Code suisse des Obligations du 30 mars 1911, relatives aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés coopératives. R. O. 1919, p. 533.
Loi sur les banques. Projet du Conseil fédéral du 2 février 1934. Feuille fédérale I, p. 172.
Loi fédérale sur la comptabilité des chemins de fer, du 27 mars 1896. R. O. 15, p. 523.
- A. T. F.* Arrêts du Tribunal fédéral.
- E. R. G.* Entscheidungen des Reichsgerichtes.
- D. P.* Dalloz. Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
- Journ. soc.* Journal des sociétés civiles et commerciales.
- Z. H. R.* Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
- Z. S. R.* Zeitschrift für schweizerisches Recht.

L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes

d'après la Loi fédérale du 18 décembre 1936
revisant les titres XXIV à XXXIII du Code des Obligations.

Avant-propos

Dans la présente étude, nous avons traité de la question si étendue et si complexe de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme. Nous l'avons traitée plus spécialement à la lumière de la Loi fédérale du 18 décembre 1936 revisant les titres 24 à 33 du Code fédéral des Obligations, sans toutefois nous y référer exclusivement.

Que le lecteur ne cherche point dans cette thèse un commentaire de la nouvelle législation suisse, venant d'entrer en vigueur, sur les sociétés anonymes. De nombreuses questions, particulièrement celles concernant les prescriptions légales de formes, telles que la convocation, le contrôle de la qualité d'actionnaires, le calcul de la majorité, le scrutin, ont été laissées de côté. On n'y trouvera pas non plus des chapitres et paragraphes dans l'ordre du texte légal.

En raison du nombre limité de ces pages, une étude aussi étendue ne saurait être que relativement superficielle. Nous laissons aux commentateurs le soin d'étudier et d'analyser, par ordre numérique, chaque article de la loi de revision de 1936. Ceux-ci, grâce à leur compétence et bénéficiant de l'enseignement d'une longue pratique, présenteront certainement des ouvrages volumineux et intéressants qui rendront de précieux services à la doctrine et à la jurisprudence.

Notre dissertation est présentée à la Section des Sciences commerciales; aussi avons-nous jugé à propos, et notre culture commerciale nous y a poussé, de faire une étude des divers problèmes se rapportant à l'assemblée générale en corrélation

avec des questions d'ordre économique et commercial, tout en tenant compte particulièrement des dispositions de la loi du 18 décembre 1936.

Par des exemples tirés de la pratique des affaires, nous avons essayé de démontrer en quoi la législation sur les sociétés anonymes et spécialement sur l'assemblée générale a fait et fait encore fausse route.

Nous croyons, soit dit en passant, que ces erreurs sont inévitables. Le droit n'est-il pas un principe et les règles de droit ne recherchent-elles pas un idéal qui, en raison même de la nature humaine, ne peut pas être atteint, mais seulement approché?

En terminant, qu'il nous soit permis ici d'exprimer notre profonde gratitude à tous nos éminents professeurs et particulièrement à Messieurs les Professeurs P. E. Bonjour, Directeur de la Section des Sciences commerciales et feu H. Bovay, Doyen de la Faculté de Droit à l'Université de Lausanne, qui ont bien voulu assumer la direction de notre thèse et dont les précieux conseils nous ont beaucoup aidé dans son élaboration.

CHAPITRE PREMIER

Délimitation de notre sujet

Notre but est d'étudier *l'Assemblée générale des Sociétés anonymes*, telle qu'elle apparaît dans la Loi fédérale du 18 décembre 1936, revisant le Code fédéral des Obligations. Nous aurions pu, à cette occasion, faire abstraction complète de la figure précédente de ce dernier, façonnée par le Code de 1881, et modifiée ou précisée dès lors par la jurisprudence comme par la doctrine. Mais pareille façon de procéder aurait été fort peu indiquée : la revision qui se poursuit depuis le début du XX^e siècle n'a nullement pour idéal, en effet, de renverser de fond en comble le système élaboré par le Code des Obligations primitif et par les travaux que nous venons de signaler ; cette revision est essentiellement une œuvre de retouches, qui laisse intacte la structure primitive. Se borner à mentionner ces retouches équivaldrait à donner de l'assemblée générale un tableau fragmentaire, incomplet, plein de trous et de lacunes. Il faut au contraire reprendre les assises fondamentales originaires qui, dans leurs lignes essentielles, ont suffi aux besoins économiques de notre temps, et notre étude se bornera à mettre en place, partout où il y a lieu, les apports nouveaux.

Comment se présente aujourd'hui, en droit des obligations suisse, l'assemblée générale de la société anonyme ; qu'est-ce qu'elle *est* juridiquement, et qu'est-ce qu'elle *peut* et *doit faire* dans le fonctionnement général de la société : tel est le cœur même de notre sujet, et nous y reviendrons tout à l'heure pour préciser encore à cet égard. Ce problème central, nous n'avons

pu toutefois le détacher entièrement de ses origines historiques et de ses conséquences économiques. Sans doute, nos incursions dans le domaine de l'histoire seront des plus brèves, et nous rappellerons des faits qui sont presque des lieux communs. Prenez en effet une ou plusieurs études, thèses ou manuels, traités ou articles de doctrine, sur la société anonyme en général ou sur l'une des institutions qui la constituent : vous ne manquerez pas d'y trouver ces quelques notions que chaque auteur repasse ainsi au suivant, à commencer par la Banque de St-Georges. Toutefois, malgré le caractère parfois fastidieux de ces répétitions, nous croyons utile que le lecteur de chacun de ces ouvrages ait au moins, sans avoir besoin de les chercher ailleurs, quelques points de repère essentiels pour juger du chemin parcouru jusqu'à nous, à partir des origines d'ailleurs assez peu lointaines de la société anonyme moderne. Comme tant d'autres, nous avons ainsi admis cette préface historique, soit quant à la société anonyme de tous les pays, soit surtout quant à la vie propre qui a été la sienne en Suisse, depuis le Code de 1881, et tout particulièrement au cours des tentatives de revision dont l'aboutissement se concrétise dans la loi du 18 décembre 1936.

* * *

Et pour revenir maintenant au problème central que nous avons déjà brièvement énoncé tout à l'heure, nous en avons conçu ainsi le développement :

1. Qu'est l'assemblée générale, ou plutôt que sont les diverses assemblées générales d'une société anonyme ; la *société* elle-même, par exemple, ou un *organe* de cette société ?

2. Comment les assemblées se constituent-elles ; qui peut y prendre part avec les droits fondamentaux que tout participant à l'assemblée doit détenir pour en faire proprement partie ?

3. Après ces préparatifs, grâce auxquels l'instrument juridique sera créé, prêt à fonctionner, il reste à voir la besogne qui lui est dévolue, et comment il va s'en acquitter. Cela nous conduira à considérer l'assemblée générale dans ses fonctions d'instrument,

- a) d'administration directe et par l'assemblée elle-même,
- b) de contrôle de l'administration exercée par d'autres organes,
- c) de recours contre les actes ou les omissions émanant de ces autres organes ou encore, constituant le pouvoir suprême de la société.

4. Cette activité de l'assemblée, telle que nous la schématisons ici, est d'ailleurs commune à toutes les assemblées générales, en ce sens que chacune d'elle aura à *administrer* dans une certaine mesure — le mot étant pris au sens large —, à *contrôler*, et à *se prononcer sur les réclamations* qui lui seront adressées.

Mais la classification que nous avons faite jusqu'ici, et qui prend comme caractère classificateur la *nature diverse* des fonctions *habituelles* de l'assemblée, peut d'ailleurs et doit se doubler d'une classification autre, fondée sur la nature *habituelle* ou au contraire *extraordinaire* de ses fonctions. Il y a en effet toute une série de problèmes qui ne se posent pas à chaque société anonyme quelle qu'elle soit ; des problèmes que la plupart des sociétés anonymes, au contraire, n'auront jamais à aborder : changements aux statuts, augmentation ou diminution du capital, changement de but social, fusion, etc. De là la répartition de l'activité de l'assemblée en *attributions ordinaires* et en *attributions extraordinaires*, qu'il ne faudrait d'ailleurs pas faire coïncider avec les *assemblées ordinaires* et les *assemblées extraordinaires*, car des attributions ordinaires peuvent être exercées par une assemblée extraordinaire, et, vice-versa, des problèmes extraordinaires seront à l'occasion liquidés par des assemblées ordinaires.

On peut encore opposer les assemblées en deux catégories : celles qui se présentent au cours de l'existence de la société anonyme déjà *constituée* et inscrite au Registre du Commerce, assemblées ordinaires ou extraordinaires d'ailleurs, et celles qui ont lieu *avant* que la société anonyme ait pris naissance comme personne morale ; ces dernières, les assemblées constitutives, dont il n'est d'ailleurs pas absolument aisé de définir le cadre

(sont-ce toutes celles, et seulement celles qui ont lieu jusqu'à l'inscription au Registre du Commerce), ont une contexture et une allure assez particulière en face des assemblées ultérieures.

* * *

Sur le terrain où nous place ce classement et cette étude du fonctionnement des assemblées générales, nous ne sommes pas entrés dans les derniers détails. Ainsi, à propos de la constitution de l'assemblée et de son fonctionnement, pour prendre quelques exemples, nous aurions pu étudier minutieusement toutes les irrégularités de convocation ; tous les incidents de séances ; toutes les possibilités de constituer le bureau, de tenir le protocole, de trancher les litiges nés des discussions plus ou moins fiévreuses. Mais d'une part, cette étude nous aurait conduit à une ampleur à laquelle nous ne pouvions songer ; par ailleurs, nous n'aurions fait ainsi qu'ajouter de nouveaux éléments de fait aux divers problèmes d'administration, de contrôle, de recours, dont nous avons déjà donné des exemples en nombre suffisant pour les besoins du plan plus haut décrit.

* * *

Nous avons jusqu'ici dit comment nous avons entrevu notre étude, ou plutôt les questions qu'elle comportait. Cela ne signifie pas d'ailleurs que nous les ayons traitées dans l'ordre exact où nous les avons énumérées ci-dessus. La nature intime, juridiquement parlant, de l'assemblée générale est une déduction finale qui se tire de son fonctionnement et de ses compétences, une conclusion à laquelle on aboutit en définitive. Nous avons en conséquence réservé ce problème pour la fin de notre travail. Et cette conclusion juridique, nous l'avons doublée d'ailleurs d'une conclusion économique touchant presque, du reste, à des problèmes sociaux, que nous ne nous sommes pas cru autorisés à aborder : nous avons, en quelques mots, cherché à montrer ce que l'assemblée devait être dans l'esprit du législateur, et à quelle situation elle aboutit en pratique, situation bien différente de cet idéal, et fort attristante pour la philosophie de la société anonyme !

CHAPITRE II

Importance économique de la société anonyme

Notions historiques

1. Rôle de la société anonyme dans l'économie moderne.

a) A quoi sert actuellement la société anonyme.

Nous ne saurions parler de l'assemblée des sociétés anonymes, sans la situer dans la société elle-même, et, allant plus loin encore, sans décrire en quelques traits l'institution juridique dont elle est une simple intégrante. De là les quelques pages qui vont suivre et par lesquelles nous commençons notre travail. Notre tableau des applications économiques de la société anonyme, comme aussi de son origine historique, sera d'ailleurs aussi succinct que possible et nous nous hâterons d'arriver à l'assemblée générale elle-même.

L'économie du monde moderne, caractérisée par ses grandes entreprises commerciales et industrielles, a exigé une énorme concentration de capitaux.

En effet, pour réaliser les grands travaux, dont on connaît les exemples classiques, tel le percement de l'isthme de Suez, l'établissement des réseaux de chemins de fer, la fortune d'un seul homme n'eût pas suffi.

D'autre part, et sans même considérer des œuvres gigantesques, il suffit de constater que pour beaucoup d'entreprises aussi bien industrielles que commerciales, l'augmentation du chiffre d'affaires a comme conséquence directe d'abaisser, jusqu'à une certaine limite, le prix de revient et les frais généraux par rapport à l'unité produite ou vendue ; de là, déjà, l'utilité de la concentration des capitaux.

Il a donc fallu réunir le capital nécessaire à l'outillage des grandes usines ou à l'établissement des importantes entreprises commerciales. La difficulté a été de trouver ce capital. On ne pouvait songer, pour le réunir, aux sociétés de personnes, société en nom collectif et société en commandite ; celles-ci, en effet, ont leur fondement dans l'estime et la confiance que les associés ont les uns vis-à-vis des autres, dans le crédit dont ils jouissent auprès du public, bien plus que dans l'importance du capital social.

Il va de soi, en outre, que lorsque, par suite de la nécessité d'un très fort capital, le nombre des associés est devenu si grand qu'ils ne se connaissent même plus, la responsabilité de chacun d'eux ne peut pas être engagée de manière illimitée par les actes de tous les co-associés ; pas plus qu'on ne saurait leur réserver individuellement des droits de représentation ou de gérance ¹.

La société anonyme a été la construction juridique répondant à ce besoin de drainage de capitaux, grâce à une organisation tenant compte de ces exigences. Elle fait appel, tout d'abord, aux capitaux importants de l'homme d'affaires, qui veut s'intéresser à l'entreprise sans pour autant s'en occuper nécessairement d'une manière exclusive, et sans engager sa responsabilité au-delà de sa première mise de fonds ; elle sollicite aussi le petit épargnant, qui préfère risquer une partie de sa fortune, et par cela même courir la chance d'une plus-value de son revenu et de son capital, plutôt que d'attendre le revenu régulier de son avoir placé en compte d'épargne ou en fonds publics.

¹ Voir C. O., art. 561 ; le C. O. rev. art. 564 limite déjà ce droit pour les associés d'une société en nom collectif.

En Angleterre¹, où l'on a coutume d'émettre des actions d'un montant nominal très petit, une livre sterling, dix shillings et même un shilling, l'investissement de ce capital dans une société anonyme est accessible même aux plus petites bourses.

Le Code fédéral suisse des Obligations de 1881, précédemment en vigueur, ne connaissait pas de dispositions relatives au montant nominal minimum de l'action.

Rien ne s'opposait donc à ce qu'en Suisse nous ayons eu des actions au montant nominal de dix, de cinq ou même de un franc², ceci en opposition avec le Code de Commerce allemand, qui prévoit le chiffre de mille marks comme montant nominal minimum de l'action³, et la loi française sur les sociétés, du 24 juillet 1867⁴, qui exige à cet égard un minimum de cent francs lorsque le capital n'excède pas deux cent mille francs, et de cinq cent francs lorsqu'il est supérieur à ce chiffre. La loi de revision suisse a introduit un nominal minimum de cent francs.

En période d'instabilité monétaire, telle que nous la traversons actuellement, l'action, part du capital social d'une société anonyme, est non seulement un titre de participation aux risques d'une entreprise, mais aussi un placement relativement sûr. En effet, tandis que les créances, exprimées en numéraire, se déprécient en fonction de celui-ci, la valeur des actions, parce que représentant une part fixe de la valeur intrinsèque de l'entreprise constituée en société anonyme, haussera en raison inverse de la dépréciation du numéraire, pour autant que la valeur intrinsèque de l'entreprise n'aura pas changé.

Relevons, enfin, que la société anonyme peut servir de forme sociale à des entreprises d'importance très réduite ; le Code des Obligations précédemment en vigueur en Suisse ne contenait aucune disposition quant au montant minimum du capital social. La loi de revision de 1936⁵ a introduit et fixé ce minimum à

¹ Curti, *Die englische Aktiengesellschaft*.

² C. O. rev. art. 622, al. 4 ; demeure réservée sa réduction au-dessous de ce montant, en vue d'assainir la situation financière de la société. V. aussi Bull. stén. Cons. nat., session d'été 1934, p. 78 et s.

³ H. G. B., § 180, al. 1.

⁴ L. Soc., art. 1 al. 1 et art. 24 al. 1.

⁵ C. O. rev., art. 621.

cinquante mille francs, pour éviter la formation de trop petites sociétés^{1, 2}.

Les sociétés anonymes qui prêtent particulièrement le flanc à la critique sont celles dont le capital social n'est que de quelques milliers ou centaines de francs. Le public s' imagine facilement, en dépit de la publicité exigée par la loi, qu'il y a là une puissance économique du simple fait que l'entreprise s'intitule pompeusement « Société Anonyme »³ ; alors précisément que, très souvent, ces trompe-l'œil ne sont constitués que pour limiter la responsabilité de l'entrepreneur, sans qu'il y ait vraiment nécessité de réunir un capital appartenant à plusieurs individus.

Tel est du reste le principal grief que l'on fait à la société anonyme ; cette absence de responsabilité, qui convient si bien à une certaine catégorie de capitalistes ; son anonymat sert d'écran à une multitude d'opérateurs louches.

La société anonyme a conditionné dans une certaine mesure la mentalité du monde actuel : on ne s'intéresse plus à une entreprise industrielle, à une exploitation agricole ou minière, pour elle-même, pour ses résultats et sa prospérité, mais uniquement dans l'espoir d'une hausse des actions ou des obligations cotées en bourse.

« La richesse n'a plus de racine : elle est instable, fluente, fictive ; elle ne se concrétise plus dans les réalités durables, comme des maisons, de la terre, des meubles, des objets. Ce qui aurait dû être garanti par l'argent ou le papier, ne sert plus qu'à garantir cet argent, ce papier⁴. »

Une absence de responsabilité individuelle et une notion faussée de la richesse, en même temps qu'une âpre lutte pour l'acquisition de cette richesse, voilà les maux qu'a engendrés l'exploitation des entreprises sous la forme de sociétés anonymes, en regard de certains bienfaits d'ordre économique et matériel.

¹ Zwerggesellschaften.

² C'est lors de la discussion du P. 1928 au Conseil national, que ce montant a été porté à Fr. 50 000.—. V. Bull. stén. Cons. nat., session d'été 1934, p. 78. Le P. 1928 l'avait originellement fixé à Fr. 20 000.—.

³ Message C. F., p. 23. Bull. stén. Cons. des Etats, session d'été 1931, p. 357.

⁴ de Reynold, *La démocratie et la Suisse*, p. 413.

Or, tandis que la notion faussée de la richesse est un mal de nature tout intérieure et éthique, échappant ainsi à la contrainte et au contrôle légal, la loi peu lutter contre cette maladie qui s'appelle l'absence de responsabilité individuelle et contre ce qu'elle a de néfaste dans les rapports des hommes entre eux.

Aussi toutes les lois modernes, tous les projets de lois actuellement à l'étude, ont-ils une tendance à augmenter la responsabilité des administrateurs et à faciliter en outre les actions en responsabilité contre ceux-ci, tant de la part des actionnaires que des créanciers¹.

Des trois tendances qui se font sentir dans la législation sur les sociétés anonymes² — de laisser une grande autonomie aux sociétés quant à leur organisation intérieure ; de protéger les droits des actionnaires ; sauvegarder les intérêts des créanciers sociaux — la loi de revision de 1936 fait un amalgame en donnant toutefois la prépondérance à la première ; en d'autres termes, elle laisse la plus grande liberté d'action possible à la société anonyme.

Qu'on nous permette enfin dans ces premières pages où nous montrons à quoi s'emploie la société anonyme dans l'économie moderne, de signaler les quelques applications ci-après : la société anonyme sert parfois, et même très souvent actuellement, à tourner les restrictions d'importations, à rendre inefficaces les mesures protectionnistes.

Une firme étrangère ne peut plus exporter dans un pays donné : elle fondera dans ce pays une entreprise qui donne l'impression d'être indigène, afin que celle-ci soit mise au bénéfice des avantages et de la protection qui sont réservés aux maisons nationales.

Ou encore, une société anonyme est fondée en pays étranger uniquement pour profiter d'une imposition moins lourde. Les marchandises sont livrées à l'entreprise affiliée qui a son siège dans le pays à forte imposition à des prix tels qu'un bénéfice n'est plus réalisable, de sorte que l'impôt ne saurait être perçu

¹ C. O. rev., art. 752 à 761.

² A. Wieland. *Zu dem Gesetzesentwurf des schweizerischen Aktienrechtes*, dans « *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* », 1929, p. 83.

faute de matière imposable. Les bénéfices de l'entreprise qui fournit sont, par contre, d'autant plus élevés. Vice-versa on peut aussi, afin d'augmenter la consommation d'un produit dans un pays étranger, pour des raisons économiques d'abaissement de prix de revient par suite de l'augmentation de la production, ou pour des raisons politiques tendant à détruire à tout prix une industrie concurrente à l'étranger, vendre meilleur marché, toutes proportions gardées, qu'à l'intérieur du pays exportateur. Il s'agit dans ce cas du phénomène économique bien connu appelé « dumping ». Or, il est certain que parmi tous les moyens employés pour réaliser ce genre de concurrence, il n'y en a aucun qui soit aussi efficace, aucun contre lequel les mesures législatives et autres soient plus impuissantes, que la création d'une entreprise affiliée, sous forme de société anonyme, à laquelle on livre les marchandises ou les matières premières à un prix parfois inférieur même au prix de revient. La société affiliée vendra, sans bénéfice aucun, des marchandises qui lui reviennent à un coût inférieur au prix que la concurrence doit payer¹.

b) Bref rappel de quelques points d'histoire.

La nécessité de créer de puissantes entreprises économiques a fait naître la conception très large de la société anonyme². Au courant du XVII^e siècle, des compagnies de commerce d'outre-mer surgirent nombreuses dans les pays maritimes pour exploiter sur une grande échelle les richesses naturelles des colonies nouvellement acquises.

La plus ancienne de ce genre fut la Compagnie anglaise des Indes orientales³. Mais c'est en Hollande, en 1602, qu'on trouve pour la première fois, dans la Compagnie néerlandaise

¹ Voir Viner, *Dumping, a problem in international trade*.

² Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, T. 1, Geschichte des Aktienrechtes, p. 4 - 67.

Voir aussi Bing, *La société anonyme en droit italien*, p. 3 et s.

³ « The English East India Company » fondée en 1600 et appelée alors « The Governor and Company of Merchants of London trading to the East Indies ». Voir *Encyclopaedia Britannica*, sous « India », T. 12, p. 191.

des Indes orientales, une organisation analogue à celle que nous avons actuellement dans nos sociétés anonymes. C'est, en effet, alors que pour la première fois le mot hollandais « actie » est employé pour désigner une part d'un capital fixe¹.

Les résultats brillants de cette compagnie appelèrent des imitateurs : ainsi la Compagnie anglaise des Indes orientales se transforme en 1613 sur le modèle hollandais. En 1621 se fonde en Hollande la Compagnie des Indes occidentales et en 1628, sur le modèle hollandais et anglais, on voit apparaître en France la Compagnie des Indes occidentales ; de même dans d'autres pays, tels que le Portugal, le Danemark, la Suède, nous trouvons ce même genre de compagnies coloniales.

C'est depuis lors que la société anonyme a pris sa marche ascendante, accompagnée de tous les scandales, de toutes les excroissances dont son histoire est remplie. Elle a passé par différents stades : du régime des concessions de l'Etat au régime normatif ; du régime aristocratique, où les grands actionnaires menaient seuls l'entreprise et où les droits des autres actionnaires pouvaient se résumer en un droit au dividende et à une part de liquidation, au régime démocratique, où une assemblée générale des actionnaires a, elle seule, le droit de nommer et de révoquer les administrateurs, d'approuver les comptes et la gestion.

A vrai dire, on a cherché à retrouver plus haut encore que les époques dont nous venons de parler, les origines de la société anonyme. On a essayé de faire remonter son origine à l'époque romaine, en comparant la société anonyme actuelle aux sociétés de publicains, et même plus avant dans l'histoire. Cette théorie a donné lieu à de nombreuses polémiques tant juridiques que sociologiques. De même la théorie de Gierke², qui voit l'origine des sociétés anonymes dans les « Genossenschaften » du droit germanique, n'est pas sans avoir été l'objet de vives controverses³.

¹ Colenbrander, « Ueber das erste Auftreten des Wortes « Aktie » in den Niederlanden ». Z. H. R. 1901, T. 50, p. 383 et s.

² Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, T. 1, p. 610 et s., 679, 996 et s.

³ Cohn, *Die Aktiengesellschaft*, p. 20 et s.

D'autre part, on a vu dans la Banque de St-Georges à Gênes¹, qui est une réunion de créanciers de l'Etat organisés corporativement, la première société anonyme. Le fait que l'Etat, ne pouvant plus payer les intérêts dès 1419 à la Banque, lui offrit le produit net de certains de ses revenus, lui donna définitivement son caractère de société anonyme. En effet, les créanciers de l'Etat qui avaient un compte à la Banque de St-Georges ne touchèrent plus un intérêt fixe du capital prêté, mais bien un dividende.

Une chose est certaine cependant : c'est que la société anonyme, telle que nous la connaissons aujourd'hui, ne s'est développée que depuis l'apparition des compagnies maritimes du XVII^e siècle. Elle a existé sans interruption jusqu'à nos jours² et son application s'est étendue à toutes les formes de l'activité économique de l'homme ; récemment, on a même employé cette forme juridique pour grouper des collectivités à but idéal. Ceci a été le cas surtout en France, où le Code civil de 1804 n'accorde la personnalité juridique qu'aux associations ayant un but économique, c'est-à-dire cherchant à réaliser des bénéfices ; ainsi les associations à but idéal ont pris la forme de sociétés anonymes et distribuent des dividendes fictifs³.

La loi de 1936, concernant la revision des titres 24 à 33 du Code des Obligations, mentionne, expressément du reste, que la société anonyme peut poursuivre aussi un but qui n'est pas de nature économique⁴.

En Suisse, nous trouvons probablement la première société anonyme à St-Gall, où elle a été constituée en 1801 sous le nom de « General Sozietät ». C'était une société qui avait pour but d'exploiter une usine équipée avec les premières machines à tisser venant d'Angleterre⁵. Elle ne donna pas les résultats

¹ Sieveking, *Die casa di S. Giorgio und ihre Bank*, dans « Bank-Archiv, Zeitschrift für das Bank- und Börsenwesen », T. 8, 1909, p. 173 et s.

² Exception faite de l'interruption de deux ans pendant lesquels les S. A. furent interdites en France. Décret du 26-29 germinal an II (1793). V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, T. 2, N. 667, p. 466.

³ Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 18.

⁴ C. O. rev., art. 620, al. 3.

⁵ Kobelt, *Die Entwicklung der Handelsgesellschaften in der Schweiz*, p. 102.

qu'on en attendait et fut liquidée en 1825 déjà. Les actionnaires durent se contenter d'une part de liquidation de 20 %.

Depuis, cette forme de société commerciale n'a cessé de s'accroître en nombre et en importance, de sorte que l'on trouve en Suisse, à fin juin 1936, 18 550 sociétés anonymes représentant un capital global de Fr. 7 973 985 000.—¹. Ce chiffre énorme montre de façon concrète l'importance primordiale des sociétés anonymes dans l'économie de notre pays.

L'économie moderne a donc poussé beaucoup plus loin l'adaptation de la société anonyme que ne le prévoyait Adam Smith, le père de l'économie politique, comme on le nomme parfois. « Les seuls genres d'affaires — disait-il — que les sociétés anonymes paraissent pouvoir entreprendre avec succès, sans bénéficier d'un privilège exclusif, sont celles dont toutes les opérations peuvent être réduites à une telle uniformité de méthode qu'elles n'admettent que peu ou pas de variations². »

Sous l'effet de la crise dont nous souffrons actuellement, le nombre des sociétés anonymes a tendance à s'accroître et le capital, par suite des nombreuses réductions, a diminué. Ce phénomène d'augmentation du nombre des sociétés anonymes en temps de crise, surtout des sociétés à capital restreint, concorde avec ce que nous avons dit plus haut, en ce qui concerne la disparition de la responsabilité individuelle, remplacée par l'anonymat des sociétés par actions.

Actuellement, une nouvelle forme de société commerciale se rencontre dans plusieurs pays. La loi de 1936 pour la revision des titres 24 à 33 du Code des Obligations contient, sous titre 28, les dispositions concernant la société à responsabilité limitée³ et l'introduit ainsi en Suisse. Celle-ci semble la forme normale

¹ Publications du Bureau fédéral de statistique.

1933, 15 868 S. A. avec un capital de Fr. 8 940 479 000.—.

1934, 16 944 S. A. avec un capital de Fr. 8 652 722 000.—.

1935, 17 645 S. A. avec un capital de Fr. 8 395 250 000.—.

² Adam Smith, *Wealth of Nations*, Book V, Chapt. I, part. 3, art. 1, p. 179.

« The only trades which it seems possible for a jointstock company to carry successfully, without an exclusive privilege, are those, of which all the operations are capable of being reduced to what is called a routine, or to such an uniformity of methods as admits of little or no variations. »

³ Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

des petites ou moyennes entreprises, du moins de celles dont les propriétaires entendent limiter leur responsabilité. Le législateur suisse s'est laissé tenter par les avantages qu'offre cette forme de société en Allemagne et, depuis 1925, en France. La forme anonyme pourra donc être réservée, à l'avenir, aux entreprises pour lesquelles elle avait été conçue, c'est-à-dire aux grandes sociétés qui font un appel de capital au public, dans l'acception la plus large de ce terme, et dont les titres doivent pouvoir circuler librement.

II. Les divers projets de revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des Obligations et la loi du 18 décembre 1936.

Il avait été prévu, lors de l'élaboration du Code civil suisse entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912, que le Code fédéral des Obligations du 14 juin 1881 serait révisé et adapté dans sa totalité au nouveau Code alors en préparation. En effet, diverses parties du Code des Obligations traitaient de matières qui rentraient dans le cadre du Code civil ; tel est le cas, par exemple, des règles sur la capacité civile¹, et des droits réels mobiliers².

Il fut tout d'abord décidé que le Code des Obligations ne demeurerait pas sous forme de loi spéciale, et qu'il formerait au contraire la cinquième et dernière partie du Code civil³, à l'exception des titres relatifs aux sociétés par actions et aux associations (aujourd'hui dénommées sociétés coopératives), ainsi que de ceux qui concernent les effets de change et les chèques. On admettait que le droit de change et le chèque seraient réglés très prochainement par voie d'arrangements internationaux. Quant aux règles concernant les sociétés, elles devaient faire l'objet d'une loi spéciale, comme étant sujettes à des changements trop fréquents.

Toutefois, cette solution ne fut pas acceptée par les Chambres fédérales. Après divers remaniements, divers renvois à des

¹ Art. 29 à 35 du C. O. non révisé (première revision).

² Art. 199 à 225 du C. O. non révisé (première revision).

³ Message du Conseil fédéral du 3 mai 1905, Feuille fédérale II, p. 1.

commissions d'experts, le Conseil fédéral proposa aux Chambres¹ d'ajouter au Code civil, en l'y faisant figurer sous forme d'une cinquième partie, le Code des Obligations révisé jusqu'au titre de la société en nom collectif non compris. Quant au reste du droit des obligations non révisé, le Conseil fédéral sollicitait son maintien jusqu'à ce que l'on eût décidé s'il y avait lieu de réviser également cette partie et l'incorporer au Code civil, ou s'il convenait d'en faire l'objet de lois spéciales.

Les Chambres, cependant, estimèrent qu'il était préférable de conserver le Code des Obligations comme un tout. Il fut ajouté au Code civil avec sa numérotation particulière et sa dernière partie, non révisée, fut intitulée : « Des sociétés commerciales, des papiers-valeurs et des raisons de commerce ».

Par là les Chambres fédérales voulaient montrer le caractère provisoire de cette troisième partie, et exprimaient leur volonté de la soumettre à une très prochaine révision.

En 1911 déjà, le professeur Eugène Huber, le rédacteur du Code civil suisse, fut chargé d'élaborer un projet de révision de cette troisième partie du Code des Obligations. Mais les travaux relatifs à l'introduction du Code civil, puis, bientôt après, la guerre, retardèrent considérablement la révision. Après discussions nombreuses avec des personnalités compétentes, le professeur Huber présenta, au Département fédéral de Justice et Police, en mars 1920, un projet accompagné d'un rapport explicatif.

L'auteur du Code civil suisse n'avait-il pas, en matière de droit commercial, la même largeur de vue, les mêmes conceptions profondes, dont il avait fait preuve auparavant ? Quoi qu'il en soit son projet ne donna pas satisfaction. En outre, atteint par la maladie, le professeur Huber ne put bientôt plus s'occuper de la révision dont il avait été chargé. Il mourut en avril 1923.

Vers la fin de 1922, l'ancien Conseiller fédéral Arthur Hoffmann fut chargé de lui succéder dans son travail. Il accepta de remanier le projet en tenant compte largement des mémoires déposés par des groupements intéressés, les autorités et les experts.

En décembre 1923 déjà, un projet était présenté au Département fédéral de Justice et Police. Il fut discuté, en quatre

¹ Message du Conseil fédéral du 19 octobre 1909.

sessions, jusqu'en 1927, par une grande commission d'experts. A la suite de la mort du rédacteur du second projet, en 1927, une commission extra-parlementaire fut chargée de présenter un troisième projet ; celui-ci s'en tient d'ailleurs aux grandes lignes tracées par le second projet, dont il se rapproche beaucoup.

III. Le projet du Conseil fédéral du 21 février 1928 et la loi définitive du 18 décembre 1936.

Ce projet, élaboré sur les bases du précédent, c'est-à-dire selon l'œuvre de A. Hoffmann, a supprimé la classification des sociétés fondée sur leur personnalité morale ou sur l'absence de celle-ci.

Le premier projet du professeur Huber avait prévu cette distinction. A la catégorie de sociétés avec personnalité morale se rattachaient la société anonyme, la société coopérative, la société en commandite par actions et également, quoiqu'elle ne fut prévue qu'à titre éventuel, la société à responsabilité limitée. Dans la catégorie des sociétés sans personnalité morale se trouvaient la société en nom collectif, la société en commandite simple et la société en participation ou société occasionnelle. A la première de ces catégories auraient dû s'appliquer des règles communes, concernant les différentes sociétés personnifiées.

Le projet du Conseil fédéral et la loi de 1936 ont abandonné la distinction précitée et par conséquent la méthode des dispositions communes. Ceci pour plusieurs raisons : d'une part, la notion de la personnalité des diverses sociétés est trop sujette à controverse pour pouvoir servir de critère de distinction. D'autre part, des protestations s'étaient élevées de la part des sociétés coopératives, qui ne voulaient point être traitées sur le même pied, assujetties aux mêmes règles que les sociétés anonymes. La commission des experts fut unanime à décider l'abandon des dispositions communes.

Le projet de 1928 et ensuite la loi de 1936 ont abandonné également les dispositions concernant la société en participation

ou société occasionnelle. Celle-ci peut en effet fort bien être soumise aux règles de la société simple.

La troisième partie révisée du Code fédéral des Obligations porte dès lors le titre suivant : « Des sociétés commerciales et de la société coopérative ». A la différence du Code fédéral des Obligations de 1881, la loi de 1936, au lieu de rassembler en une même troisième partie toutes les règles concernant les sociétés commerciales, les papiers-valeurs et les raisons de commerce, comporte une quatrième partie intitulée : « Du registre du commerce, des raisons de commerce et de la comptabilité commerciale », et une cinquième partie sous le titre : « Des papiers-valeurs ».

En ce qui concerne la société anonyme, les articles s'y rapportant sont au nombre de cent quarante-quatre, contre soixante-quatre dans le Code des Obligations précédemment en vigueur. La loi de revision a conservé le même plan du Code des Obligations, pour traiter de ce sujet, soit : dispositions générales, droits et obligations des actionnaires, organisation de la société anonyme, dissolution, responsabilité ; sous des lettres spéciales, par contre, elle a groupé d'autre part les règles particulières pour le cas de reprise de la société par l'Etat, un district ou une commune, le cas de la réduction du capital social, le cas de la participation de l'Etat et enfin l'énumération des sociétés qui ne sont pas soumises aux dispositions du titre en question.

L'assemblée générale fait l'objet de neuf articles plus spécialement destinés à régler son fonctionnement et ses compétences¹ ; en outre, six articles sont consacrés à l'assemblée constitutive². Il va sans dire que les questions concernant l'assemblée générale sont traitées implicitement dans la grande majorité des articles touchant la société anonyme, puisque chaque point se rapportant à l'organisation intérieure de la société dépend de l'assemblée générale, que celle-ci est compétente pour la plupart des décisions à prendre, qu'elle seule a le droit de nommer et de révoquer les administrateurs et les contrôleurs ;

¹ C. O. rev., art. 698-706.

² C. O. rev., art. 634-639.

ceci dit sans vouloir énumérer ici avec plus de précisions ses diverses fonctions.

La loi de revision a réglé divers points concernant l'assemblée générale d'une façon toute différente de celle du Code des Obligations précédemment en vigueur. Nous allons les passer rapidement en revue, afin de noter les principales innovations dans ce domaine.

Il faut en premier lieu mentionner la conception admise en ce qui concerne la délimitation des pouvoirs. Elle est exactement l'opposé de celle du Code des Obligations de 1881 en ce sens que ce n'est plus l'assemblée générale qui est l'organe compétent dans le silence de la loi et des statuts, mais bien l'administration¹.

A l'assemblée générale constitutive, où il est fait un apport en nature ou octroyé un avantage particulier, la loi de 1936 prévoit que les actionnaires ont droit, non plus comme le fixait le Code des Obligations non-revisé, à une voix par tête², mais bien à autant de voix qu'ils représentent d'actions³. D'autre part, la clause selon laquelle l'apporteur en nature ou le bénéficiaire d'avantages spéciaux ne peut pas voter lorsqu'il s'agit de décisions se rapportant à son apport ou à ses avantages, n'a pas été maintenue. Par contre, la règle de majorité dans ces cas-là a été rendue plus sévère encore⁴.

La disposition du Code des Obligations non-revisé, selon laquelle nul actionnaire ne peut réunir en ses mains plus du cinquième des voix représentées, a été abandonnée⁵.

La loi de 1936 a d'autre part précisé la question de la fondation de la société anonyme quant au nombre minimum de fondateurs qui a été fixé à trois⁶.

¹ C. O. rev., art. 721, al. 2.

² C. O., art. 619.

³ Dans le P. 1928 à l'art. 637, il était par contre prévu le blocage des actions pendant deux ans, dans le cas d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, ceci afin que les premiers souscripteurs supportent seuls les effets de leurs décisions. La loi de 1936 n'a pas retenu cette disposition du projet, vu les divers inconvénients évidents qu'elle aurait entraînés.

⁴ C. O. rev., art. 636.

⁵ C. O., art. 640, al. 2.

⁶ C. O. rev., art. 625.

Le délai de la mise à la disposition des actionnaires, avant l'assemblée générale, des pièces prévues, a été porté par la loi de 1936 de huit à dix jours¹. L'obligation de tenir un procès-verbal de l'assemblée générale a été introduite dans la loi².

En ce qui concerne le fonctionnement de l'assemblée générale, la loi de revision a reconnu expressément un droit qui avait toujours été admis dans la pratique le droit : de se faire représenter par un tiers aux assemblées générales³. Par contre, la loi interdit le prêt d'actions si celui-ci tend à rendre inopérante une restriction apportée au droit de vote⁴. La loi a également facilité le changement de but social. Alors que sur ce point le Code des Obligations non-revisé exigeait l'unanimité, la loi de revision ne prévoit qu'une majorité des deux tiers de l'ensemble du capital-actions⁵.

Un autre droit a été expressément reconnu par la loi, droit qui jusqu'à présent n'avait été consacré que par la doctrine et la pratique des tribunaux ; il s'agit du droit d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale⁶.

La loi a également instauré en Suisse un droit qui, même s'il n'est établi qu'à titre subsidiaire, n'en a pas moins son importance ; il s'agit du droit préférentiel de souscription accordé aux actionnaires en cas d'augmentation du capital⁷.

Dans une question d'administration de la société, qui touche d'ailleurs plus directement l'assemblée générale, en ce sens qu'il s'agit de la répartition du bénéfice, la loi contient un article autorisant expressément la constitution de réserves latentes par la sous-estimation de valeurs actives⁸. D'autre part, une réserve légale a été instituée, vingt pour cent du bénéfice net annuel sont prélevés pour la constitution de ce fonds, cela avant tout

¹ C. O. rev., art. 696.

² C. O. rev., art. 702, al. 2.

³ C. O. rev., art. 689, al. 1.

⁴ C. O. rev., art. 691.

⁵ C. O. rev., art. 648.

⁶ C. O. rev., art. 706.

⁷ C. O. rev., art. 650.

⁸ C. O. rev., art. 663.

autre attribution, et jusqu'à ce qu'un montant équivalant au dixième du capital social versé ait été atteint¹.

De même la répartition d'un tantième aux membres du conseil d'administration n'est licite qu'une fois effectués les versements aux fonds de réserve légaux et le paiement d'un dividende de quatre pour cent aux actionnaires².

Tels sont, en quelques traits, les changements que révèle la loi de revision de 1936 par rapport au Code des Obligations précédemment en vigueur, en ce qui concerne plus spécialement l'assemblée générale.

Passant à la critique générale de ces articles de la loi, nous dirons que leur disposition n'est pas toujours très judicieuse, et que la clarté y aurait gagné si un certain nombre d'entre eux se trouvaient placé dans une ordonnance différente. Cette impression se dégage à la première lecture du texte; celui-ci se rapproche sensiblement du Code des Obligations non-revisé.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous remarquerons que la question de la présidence de l'assemblée générale n'est pas traitée par la loi de revision. Quoique nous ne croyons pas qu'elle ait déjà donné lieu à des difficultés dans la pratique, le cas pourra se présenter une fois ou l'autre, où l'un des participants proposera comme président de l'assemblée non le président ou un membre du conseil d'administration, mais bien un autre actionnaire. Aucune base légale ne permettra au conseil d'administration de s'opposer à une telle décision prise à la majorité des voix représentées. Exceptons-en le cas, bien entendu, où les statuts déclarent expressément que l'assemblée générale des actionnaires sera présidée par le président du conseil d'administration ou, à défaut de celui-ci, par un autre membre du conseil.

Il est clair, disons-le en commençant, que toutes les difficultés possibles ne peuvent pas être réglées exactement, si l'on tient compte de toutes les combinaisons qui peuvent se présenter, et malgré ces critiques, reconnaissons que la loi de revision de 1936 constitue un grand effort vers la solution législative de nombreux problèmes qui se sont présentés à réitérées reprises devant les tribunaux.

¹ C. O. rev., art. 671, al. 1.

² C. O. rev., art. 677.

CHAPITRE III

La volonté collective et son mode de formation

*(Situation de l'assemblée générale dans l'organisation interne
de la société anonyme)*

SECTION I

La volonté collective

1. Généralités.

a) Première définition.

La loi ne contient nulle part une définition de l'assemblée générale. La seule disposition légale que l'on trouve à ce sujet dans le Code des Obligations révisé dit : « L'assemblée générale des actionnaires constitue le pouvoir suprême de la société¹ ».

La loi de révision de 1936 a repris presque littéralement cet article de l'ancien Code des Obligations², tout en y ajoutant une liste des attributions essentielles de l'assemblée générale. Autre part la loi de révision parle des compétences de l'assemblée générale, sans toutefois en donner une définition : « Les actionnaires exercent dans l'assemblée générale les droits qui leur sont

¹ C. O. rev., art. 698, al. 1. Cet article est particulier au droit suisse.

² C. O., art. 643.

conférés, notamment ceux qui concernent la désignation des organes, l'approbation des comptes et la répartition des bénéfices »¹.

Cet article a aussi été repris, du moins dans sa teneur, de l'ancien Code des Obligations².

Tout ceci ne nous donne pas encore une définition de l'assemblée générale. Celle-ci peut s'énoncer, bien que provisoirement, comme suit : « L'assemblée générale est la réunion d'actionnaires d'une société anonyme qui se rencontrent à ce titre, après convocation régulière, dans un lieu et à un jour fixés à l'avance »³.

Cette définition, nous l'admettons volontiers, ne donne ni le contenu exact et complet de l'institution — à notre avis il faudrait au moins indiquer le but de cette réunion — ni la délimitation de ses pouvoirs, ni son fonctionnement, ni les conditions requises pour chaque cas particulier. Par conséquent, elle ne peut servir qu'à un premier exposé ; cependant, elle implique déjà quelques points essentiels qui permettent de se faire une idée, encore imprécise il est vrai, de l'assemblée générale. Ainsi, il s'en dégage que ce doit être une réunion d'actionnaires et que, par conséquent, le vote par correspondance, ainsi qu'il se pratique dans certaines associations et, si les statuts le permettent, dans la société à responsabilité limitée, d'après la loi de révision de 1936⁴, ne peut pas être admis. Ensuite, on se rend compte aussi qu'il n'est point nécessaire de réunir la totalité des actionnaires pour tenir valablement une assemblée générale. D'autre part, toute réunion d'actionnaires n'est pas une assemblée générale : il faut qu'elle ait été convoquée d'après les dispositions légales et statutaires par les personnes compétentes.

¹ C. O. rev., art. 689, al. 1.

² C. O., art. 639, voir aussi § 250 H. G. B.

³ Renaud, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, p. 459.

« Die Generalversammlung ist eine Zusammenkunft von Aktionären einer Gesellschaft, welche in dieser ihrer Eigenschaft, auf gehörige Einberufung an einem zum Voraus bestimmten Orte, zu einer zum Voraus bestimmten Zeit zusammentreten. »

⁴ C. O. rev., art. 808, al. 2.

b) *Evolution historique du rôle et de l'importance de l'assemblée générale.*

L'idée que les actionnaires doivent être convoqués en assemblée générale, à des intervalles réguliers, ne trouve pas son origine dans la conception même de la société anonyme d'autrefois.

Dans les premières sociétés hollandaises, le droit à une part de liquidation et au dividende était le seul dont l'actionnaire pouvait se prévaloir vis-à-vis de la société¹. Un droit de coopération dans les affaires sociales n'a pas existé du tout au début; ce n'est que plus tard que les statuts l'accordèrent aux principaux intéressés de la société et ultérieurement encore à tous les actionnaires².

En France, le fait que c'était le roi qui convoquait l'assemblée générale de la Compagnie des Indes orientales³, lorsqu'il avait intérêt à le faire, montre clairement que les actionnaires n'avaient pas un droit positif à participer à la gestion des affaires sociales.

Le Code de Commerce de 1807, comme le premier qui ait contenu des dispositions sur la société anonyme et lui a donné une forme déjà bien précisée par les quelques articles qui en traitent⁴, n'a même pas encore prévu l'assemblée générale obligatoire. Ce n'est que par la loi du 24 juillet 1867 que cette institution est rendue obligatoire⁵.

¹ Bachmann, *Die Sonderrechte des Aktionärs*, p. 18.

² Fischer, *Die Aktiengesellschaft*; Ehrenberg's Handbuch des Handelsrechtes, T. 3, 1^{re} partie, p. 19.

³ *Dictionnaire universel du Commerce*, de Savary, T. 1, p. 1349-1350. Compagnie des Indes orientales: « Le Roy continuant toujours de vouloir être informé de l'état de la Compagnie, ordonna, par une Lettre de Cachet du 20 avril 1675, qu'il seroit tenu le 8 May suivant une assemblée générale des Intéressez, pour y être élu de nouveaux Directeurs et nommé des commissaires, pour voir et examiner les Registres, papiers et bilans ». Voir de même Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, T. 1, p. 997.

⁴ C., art. 19, 29-38, 40, 45.

⁵ L. Soc., art. 25 et 27.

C'est cette même loi qui, suivant l'exemple de la législation anglaise¹, a supprimé le régime des concessions ; et justement puisqu'elle enlevait à l'Etat le droit de statuer sur l'existence même de la société anonyme, puis de la contrôler, elle devait instituer des organes de contrôle dans la société elle-même et par des dispositions de droit impératif, permettre aux actionnaires de prendre part à la gestion des affaires sociales.

Nous verrons plus loin combien cette conception de faire protéger les intérêts des actionnaires et en même temps ceux de la collectivité toute entière — puisque certaines sociétés anonymes constituent un rouage si important dans l'économie du pays — par les actionnaires eux-mêmes, est erronée pour la majorité des cas.

Il est évident que le droit suisse en disant : « L'assemblée générale des actionnaires constitue le pouvoir suprême de la société »², a accordé une compétence très grande à l'assemblée générale.

Mais dans la pratique, combien de décisions, provenant d'une arrière-pensée très peu honorable, sont proposées à l'assemblée générale et votées par celle-ci à forte majorité ; non que les bénéficiaires de cette décision disposent nécessairement d'une majorité suffisante, mais simplement parce que les autres actionnaires se désintéressent de la société. Quelques-uns n'en font partie que pendant un temps très court, le temps de revendre leurs actions achetées dans un but spéculatif ; une grande partie du reste ne se donne même pas la peine d'écouter le rapport du conseil d'administration et de noter ses points faibles, encore moins d'aller consulter le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport des commissaires-vérificateurs qui doivent être mis à la disposition des actionnaires dix jours au moins avant l'assemblée générale³. Ils se contentent d'accepter la collation qui leur est généreusement offerte.

¹ Companies Act de 1862 : « An act for the incorporation, regulation and winding up of trading Companies and other Associations ». Voir aussi Lyon-Caen, dans *Annales de Droit commercial*, 1887, vol. 1, p. 65 : Du mouvement législatif concernant les sociétés par actions en France et dans les principaux Etats. (Influence considérable de la législation anglaise de 1862 sur le droit continental concernant les S. A.)

² C. O. rev., art. 698, al. 1 ; C. O., art. 643.

³ C. O. rev., art. 696, al. 1 ; C. O., art. 641, al. 1, ne prévoyait que huit jours.

Nous reviendrons, sous forme de conclusion, sur les critiques que l'on peut formuler à l'égard du fonctionnement effectif de l'assemblée générale.

II. Délimitation des compétences de l'assemblée générale par rapport à celles des autres organes de la société.

Il a été noté jusqu'ici que l'assemblée générale constitue le pouvoir suprême de la société anonyme¹.

De ce principe peut se dégager naturellement la conception selon laquelle l'assemblée générale est compétente pour prendre toutes les décisions que la loi ou les statuts n'ont pas expressément déferées à la compétence d'autres organes².

Puisque c'est l'assemblée générale qui seule a le droit de nommer les administrateurs ainsi que les contrôleurs et de les révoquer³, il serait presque permis d'admettre que les droits et les compétences de ces autres organes ne sont que des délégations de ceux de cette première ; ainsi, l'administration ne serait que l'organe exécutif de l'assemblée générale.

Nous pourrions par conséquent trouver des cas où, par une décision de l'assemblée, un employé de la société, nommé par le conseil d'administration, serait révoqué, un autre serait engagé, par exemple.

Du reste, en faisant cette supposition, nous savons très bien que le conseil d'administration est organe au même titre que l'assemblée générale.

Il n'est pas le mandataire de cette dernière et pour bien caractériser la différence, nous pouvons dire que l'administration est nécessaire de par la loi. Si une hoirie nomme un gérant et que, pour une raison ou pour une autre, elle renonce par la suite aux services de ce dernier et le congédie, préférant gérer l'affaire collectivement, elle ne sera pas dans l'obligation d'en nommer un autre. Cela n'est pas possible concernant le conseil

¹ C. O., art. 643 ; C. O. rev., art. 698, al. 1.

² Horowitz, *Das Recht der Generalversammlungen*, p. 18.

³ C. O., art. 644, al. 3, ch. 1 et art. 647 ; C. O. rev., art. 698, al. 2 et art. 705.

d'administration. L'assemblée générale peut révoquer le ou les administrateurs, mais elle est tenue, de par la loi, d'en nommer un ou plusieurs nouveaux en remplacement des premiers.

Mais puisque l'on reconnaît à l'assemblée générale le pouvoir de modifier les statuts de la société¹, celle-ci peut supprimer quelques clauses statutaires, par lesquelles les compétences du conseil d'administration sont élargies au-delà des règles légales et se les attribuer à elle-même.

Actuellement, de même qu'il y a une tendance à diminuer les compétences du parlement au profit de celles du pouvoir exécutif, en raison même des abus auxquels une trop large conception de la représentation populaire ont mené, un mouvement se dessine dans la législation des sociétés anonymes qui transposerait le centre de gravité des compétences, de l'assemblée générale à l'administration.

Nous avons déjà vu, et nous en reparlerons plus loin, que, pratiquement, les pouvoirs de l'assemblée générale sont très restreints, du fait de la remarquable inertie de la plupart des actionnaires. Mais on veut encore réduire légalement et théoriquement ses pouvoirs, suivant ainsi la ligne tracée depuis longtemps déjà par la pratique.

La loi de revision de 1936 du Code des Obligations est un exemple frappant de cette tendance. A l'encontre de ce qui est généralement admis, en théorie, c'est-à-dire que l'assemblée générale est compétente pour toutes les questions qui ne sont pas expressément déferées à d'autres organes, soit par la loi, soit par les statuts, nous trouvons dans la loi de 1936 une prescription qui donne compétence à l'administration de prendre les décisions au sujet de toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées soit à l'assemblée générale, soit à d'autres organes sociaux². Il faut remarquer à cette occasion qu'une telle disposition est déjà contenue dans nombre de statuts de sociétés anonymes.

Mais dans ce même article que nous venons de citer, la loi fait expressément mention, à côté des prescriptions légales et

¹ C. O., art. 644, al. 3, ch. 2 ; C. O. rev., art. 698, al. 2, ch. 1.

² C. O. rev., art. 721, al. 2.

des clauses statutaires, des décisions de l'assemblée générale, en tant que facteurs déterminants des pouvoirs de l'administration. De ce fait, la stricte délimitation des compétences n'existe plus, puisque l'assemblée générale peut ainsi modifier les cadres de celles de l'administration.

Cette disposition est du reste une conséquence naturelle et inéluctable du fait que l'assemblée générale a le pouvoir de modifier les statuts¹. Il est clair que puisque l'administration détient ses pouvoirs en partie en vertu de dispositions statutaires et que l'assemblée générale a le droit de les modifier, les décisions de cette dernière auront pour effet de déterminer dans une certaine mesure les pouvoirs de la première. Mais le fait que la loi ajoute expressément que les décisions de l'assemblée générale sont causes déterminantes des pouvoirs de l'administration renforce la puissance administrative de l'assemblée générale.

Celle-ci pourra donc en vertu d'un article des statuts, ou même simplement par un vote majoritaire, s'immiscer dans la gestion des affaires courantes de l'administration. L'article des statuts pourra n'être rédigé que dans une forme très générale, celui-ci permettra néanmoins à l'assemblée générale d'outrepasser légalement ses compétences.

A notre avis, il aurait fallu, de même que cela a été fait pour l'assemblée générale, établir pour l'administration une règle de droit impératif, délimitant nettement, du moins en ce qui concerne la gestion, les compétences exclusives de l'administration. Dans celle-ci rentreraient, sans aucun doute, le pouvoir d'engager et de congédier les employés sans que l'assemblée générale puisse donner son opinion, le droit de nommer des fondés de procuration, des mandataires spéciaux. Il serait également fait mention du droit exclusif de l'administration de conclure, sans immixtion possible de la part de l'assemblée générale, les contrats nécessités par la gestion courante des affaires.

Autre part encore, le projet de revision avait mis à jour sa tendance à augmenter le pouvoir de l'administration, au détriment de celui de l'assemblée générale.

¹ C. O. rev., art. 698, al. 2.

Déjà dans la pratique des affaires, sous le régime du Code des Obligations non révisé, il arrivait parfois que l'assemblée générale autorisât l'administration à émettre un capital inférieur à celui dont l'augmentation a été votée, afin de laisser la main libre à l'administration pour qu'elle en émette le solde au moment propice et lorsqu'elle le jugeait nécessaire, sans qu'elle fût obligée de convoquer une autre assemblée générale. Il suffisait dans ce cas d'autoriser l'administration, par une disposition statutaire, à émettre un capital jusqu'à un montant défini, une partie de celui-ci, figurant comme capital social¹, devant être couverte immédiatement.

Naturellement, après chaque émission, une assemblée générale devait être convoquée pour constater par une décision, qui faisait l'objet d'un acte authentique ou signé de tous ceux qui y ont pris part, que le capital émis était intégralement souscrit et que le cinquième au moins de chaque action était versé². Cet acte authentique était absolument nécessaire puisqu'il doit être joint à la demande d'inscription des statuts ou des modifications aux statuts ; dans le cas présent il s'agissait de l'augmentation du capital³.

Ainsi s'est faite la distinction entre capital autorisé et capital effectivement émis. Remarquons que l'émission de nouvelles actions est un acte qui intéresse au plus haut point les actionnaires, puisque, par là, ils acceptent dans leur collectivité de nouveaux membres, partageant leurs avantages, souvent bénéficiant d'autres plus grands encore au détriment des leurs, ceci en cas d'émission d'actions privilégiées. La valeur des actions se calculant en grande partie selon l'étendue de leurs avantages, dont le plus important est le degré de participation des actions au bénéfice, il est absolument reconnu que toute la politique du capital fait partie des compétences intangibles de l'assemblée générale. On peut néanmoins admettre que l'assemblée générale fixe seulement la limite qui ne peut pas être dépassée et laisse à

¹ C. O., art. 616, ch. 4 et art. 621, ch. 4.

² C. O., art. 618 et 626. Il est à noter que le C. O. rev. demande en tous les cas un acte authentique ; art. 637, al. 1 et art. 647, al. 1.

³ C. O., art. 622, ch. 1 et 2.

l'administration le soin d'émettre, au fur et à mesure des besoins, les actions pour obtenir le capital nécessaire.

C'est de ce point de vue que le législateur était parti, dans le projet de revision de 1928 du Code des Obligations, pour admettre la distinction entre capital autorisé et capital émis. En effet, lorsqu'il était fait mention dans le projet du capital social « effectivement émis »¹, il était naturellement sous-entendu que le capital social pouvait être fixé à un montant supérieur à celui qui a été souscrit. Cette interprétation était expressément soutenue par le Message du Conseil fédéral².

Le Conseil des Etats, lors de sa discussion sur le projet, n'avait pas admis cette innovation et adopté, sur proposition de sa commission d'étude, le texte suivant : « L'attestation que le capital social est couvert par les souscriptions », en supprimant l'adjonction de « effectivement émis » aux mots « capital social »³. Ainsi la disposition statutaire prévoyant un capital autorisé aurait été illégale. Cette modification a été dictée par une crainte, peu fondée selon nous, que les compétences de l'assemblée générale eussent été par trop diminuées.

Le Conseil national, sur proposition de sa commission, avait adhéré, pour le point qui nous intéresse, au texte des articles 633 et 638, voté par le Conseil des Etats. Par contre, d'une manière peu logique à notre avis, il avait accepté un article 649 bis prévoyant que les statuts peuvent autoriser l'administration à augmenter le capital social par l'émission d'actions nouvelles jusqu'à un montant déterminé⁴.

Nous estimons cette manière de faire peu logique, vu que l'on avait tout d'abord, d'un commun accord avec le Conseil des Etats, supprimé l'adjonction de « effectivement émis » qui laissait percevoir la possibilité d'un capital autorisé, puis dans un article intercalé, l'on déclarait expressément que le capital autorisé est une clause légale dans les statuts.

¹ P. 1928, art. 633, al. 2, ch. 1 et art. 638, al. 3, ch. 4.

² Message C. F., p. 28.

³ Bull. stén. Conseil des Etats, session d'été 1931, p. 355 et s. Voir art. 633, al. 2, ch. 1 et art. 638, al. 3, ch. 4.

⁴ Bull. stén. Conseil national, session d'été 1934, p. 91.

La loi, votée le 18 décembre 1936, a supprimé purement et simplement la distinction entre « capital autorisé » et « capital émis », laissant ainsi à la pratique le soin de trouver les solutions indiquées, suivant les cas.

Il était cependant intéressant de relever cette tendance qui s'est fait jour, au cours de l'élaboration de la loi aux Chambres.

III. Les diverses formes d'assemblées générales.

Le droit suisse, à la distinction du droit français, par exemple, ne fait pas une subdivision expresse des diverses formes de l'assemblée générale¹. Cependant, tout comme le droit français, le nouveau comme l'ancien Code des Obligations exige, dans certains cas bien déterminés, une majorité autre que la majorité simple et prévoit un certain quorum du capital-actions qui doit être représenté à l'assemblée générale. De ce fait, on peut faire en Suisse également la distinction entre :

- a) assemblée générale constitutive,
- b) assemblée générale ordinaire,
- c) assemblée générale extraordinaire.

Disons, d'ores et déjà, que la distinction entre les deux dernières formes d'assemblée ne peut pas être bien définie. D'une part, les statuts peuvent prévoir pour des décisions absolument courantes de l'assemblée générale des majorités spéciales ou un quorum déterminé d'actions présentes.

D'autre part, la loi laisse souvent entière latitude aux statuts pour modifier les dispositions par lesquelles elle demande pour telle ou telle décision de l'assemblée générale, un quorum ou une majorité déterminée, ou encore les deux réunis.

¹ Le mot « extraordinaire » n'est employé qu'incidemment dans le C. O. (voir art. 644, al. 4) et dans le C. O. rev. (voir art. 699, al. 2).

a) *L'assemblée générale constitutive.*

Elle est celle qui, comme son nom l'indique, réunit des souscripteurs d'actions, lesquels au vu de certaines pièces, et après avoir entendu certains rapports, déclarent accepter les statuts et constituer la société. Elle est donc plutôt une assemblée de souscripteurs qu'une assemblée d'actionnaires ; car, il n'y a d'actionnaires qu'après la constitution de la société^{1 2}.

L'assemblée constitutive doit avoir lieu, en tous les cas, s'il s'agit d'une fondation successive, où les actions sont mises en souscription publique, de même que s'il s'agit d'une fondation simultanée, où le capital-actions est intégralement souscrit par les fondateurs et libéré par eux, jusqu'à concurrence de un cinquième, au moins.

En effet, pour que la société anonyme acquière la personnalité, il faut qu'elle soit inscrite au Registre du Commerce³. Or, pour que cette inscription puisse se faire, il faut la présentation, entre autres, d'actes authentiques⁴.

Même lorsque la loi de 1936 prévoit que la société peut être créée par un acte passé en la forme authentique, dans lequel tous les fondateurs déclarent constituer une société anonyme, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes sociaux nécessaires⁵, il est évident qu'il ne s'agit ici de rien d'autre que d'une assemblée générale constitutive ; c'est une assemblée générale de fondateurs.

¹ Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, T. 2, N. 710, p. 517.

² Le C. O. rev. tient compte de cette distinction ; à la différence de l'ancien C. O., art. 618, qui parle d'une assemblée générale des actionnaires, l'art. 631 C. O. rev. fait expressément mention de l'assemblée générale des souscripteurs. De même l'arrêté du C. F., du 8 juillet 1919, modifiant et complétant les dispositions du C. O., relatives aux S. A., en commandite par actions, et aux sociétés coopératives, avait déjà employé le terme d'assemblée générale des souscripteurs. C. O., art. 618, al. 3.

³ C. O., art. 623, al. 1 ; C. O. rev., art. 643, al. 1.

⁴ C. O., art. 618, 619 et 622 ; C. O. rev., art. 637, al. 1 et 640, al. 3. Le C. O. rev. n'admet plus que les décisions de l'assemblée générale constitutive puissent être simplement signées par ceux qui y ont pris part. Il faut un acte authentique.

⁵ C. O. rev., art. 638.

Tandis que le droit français¹ exige un quorum de présence à l'assemblée générale constitutive, soit un certain nombre d'actionnaires, représentant la moitié au moins du capital social, ni l'ancien Code fédéral des Obligations, ni le projet de 1928 du Conseil fédéral, ni la loi de revision des titres 24 à 33, n'ont posé une règle de ce genre.

On est parti du point de vue, en Suisse, que si, malgré la publicité requise par la loi pour l'assemblée générale des souscripteurs, ceux-ci ne viennent pas y prendre part, il ne peut être tenu compte de leur absence, si grande soit-elle en proportion des actions représentées. Leur nonchalance ne mérite pas de protection. Ils sont liés par les décisions qui sont prises à cette assemblée, tout comme ceux qui y ont participé ; à moins, toutefois, que celles-ci ne lèsent leurs droits acquis, auquel cas, ils pourront attaquer ces décisions en justice.

Nous reviendrons plus loin sur le droit des actionnaires d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale. En ce qui concerne les droits acquis de l'actionnaire, on peut citer l'article 646 de la loi du 18 décembre 1936, dans lequel on a essayé de donner une définition, du moins approximative, de ce concept des droits acquis. Voici l'article en question :

« Les actionnaires ne peuvent être privés sans leur assentiment des droits acquis attachés à leur qualité d'associés.

Sont considérés comme droits acquis de l'actionnaire, ceux qui, en vertu d'une disposition légale ou statutaire, ne dépendent pas des décisions de l'assemblée générale et de l'administration ou dérivent de la faculté de participer à l'assemblée générale.

Tel est le cas, en particulier, de la qualité d'associé, du droit de vote, du droit d'attaquer une décision sociale, ainsi que du droit au dividende et à la part de liquidation. »

Nous ne voulons pas entrer dans le vif de la question qui a déjà donné lieu à d'innombrables dissertations, à des théories divergentes, soit dans des ouvrages spéciaux ou généraux, soit dans les arrêts des tribunaux^{2 3}. Ayant employé ce terme nous

¹ L. soc., art. 30.

² Voir p. ex. A. T. F. 20, 950, cons. 6 ; 26, II, 432, cons. 3 ; 51, II, 342, cons. 6 ; 51, II, 427, cons. 4.

³ Voir aussi Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 240 et s.

avons jugé utile d'attirer l'attention du lecteur sur l'imprécision qui s'en dégage.

Il est cependant un cas où le Code des Obligations exige un quorum pour que l'assemblée générale constitutive puisse prendre valablement une décision¹. Il s'agit du cas où un ou plusieurs actionnaires ont fait un apport dit en nature. Celui-ci ou ceux-ci vont recevoir des actions, non pas en échange de numéraire, mais en échange de services rendus ou d'autres valeurs matérielles ou immatérielles. Il faut donc que les autres actionnaires aient eu connaissance de ces modalités, avant de souscrire les actions. Aussi la loi exige-t-elle que ces points spéciaux soient mentionnés dans les statuts. Il en est de même si l'on réserve à certains actionnaires des avantages spéciaux.

D'autre part, à l'assemblée générale constitutive, ces dispositions statutaires doivent faire l'objet d'un vote très exactement défini par la loi : « Les dispositions statutaires concernant les apports en nature, les reprises de biens et l'octroi d'avantages particuliers doivent être l'objet d'une décision spéciale réunissant au moins les voix de deux tiers de l'ensemble du capital social »². Il est ainsi fait dérogation au principe en vigueur en Suisse suivant lequel l'actionnaire qui ne fait pas usage de ses droits, ne doit pas être protégé par la loi. Cette dérogation qui se trouvait déjà dans l'ancien Code des Obligations a été continuée dans la loi du 18 décembre 1936, concernant la revision des titres 24 à 33, et y a été même accentuée en ce sens que les dispositions statutaires dont nous parlons doivent être maintenant approuvées dans l'assemblée générale constitutive, par une majorité réunissant au moins les deux tiers de toutes les actions, alors que précédemment la majorité du quart de l'ensemble des actions avec un quorum de présence du quart suffisait.

Par contre, la loi de revision n'a plus retenu de dispositions selon lesquelles chaque actionnaire présent n'a droit qu'à une voix et les apporteurs en nature n'ont pas droit au vote. Par la disparition de cette restriction, la question ne se pose plus s'il y aurait lieu de calculer le quorum sur l'ensemble des actions

¹ C. O., art. 619, al. 4.

² C. O. rev., art. 636.

représentées ou si, au contraire, il faudrait diminuer ce chiffre des actions appartenant à l'apporteur en nature.

En effet, en nous basant sur l'ancien Code des Obligations, admettons que l'apporteur en nature réunisse entre ses mains plus du quart des bulletins de souscription représentés et qu'il n'ait pas droit de vote, comme ceci était le cas d'après le Code des Obligations non-revisé : il ne pourrait pas y avoir de décision de l'assemblée générale acceptant les apports en nature pour le prix fixé par les statuts, puisque la majorité doit être des deux tiers, ceci selon la loi de 1936.

En passant, faisons remarquer que, soit l'ancien Code des Obligations, soit la loi de revision, parlent à cette occasion d'actions alors qu'il y aurait lieu de dire « Certificats d'actions », puisque les actions ne peuvent pas être émises avant l'inscription au Registre du Commerce¹ et que celle-ci ne peut avoir lieu qu'après l'assemblée constitutive. Il faut noter tout particulièrement que la loi de 1936, encore qu'elle ait utilisé le terme « d'assemblée de souscripteurs »², ne tient pas compte de la nuance dont nous venons de parler.

On peut douter du bien-fondé de la dérogation au principe d'auto-défense de l'actionnaire dont nous avons parlé plus haut, en ce qui concerne la fixation d'une majorité spéciale et d'un quorum, et surtout de son utilité. Car, d'une part, les actionnaires ont souscrit les actions, au vu des statuts avec rapports des fondateurs qui doivent indiquer, d'après l'article 630 du Code des Obligations revisé³, le prix d'un apport en nature et tout avantage spécial en faveur d'une personne ou d'un groupe déterminé. Ils ont donc pu se rendre compte, assez exactement, avant de souscrire, si ces avantages et ces prix sont exagérés ; aussi n'observe-t-on que très rarement des votes ne réunissant pas l'unanimité, lorsqu'il s'agit de statuer sur ces points⁴.

D'autre part, ces dispositions de la loi tendent à réglementer surtout les cas de reprise : un industriel veut transformer son entreprise privée en société anonyme pour obtenir de nouveaux

¹ C. O., art. 623, al. 1 et P. 1928, art. 643.

² Voir page 47, note 2.

³ Anciennement C. O., art. 619.

⁴ Bachmann, *Kommentar zum O. R.* Titel 23 bis Schluss, art. 619, N. 7, p. 120.

capitaux. Au lieu d'établir les statuts de façon à ce que les souscripteurs puissent se rendre compte pour quel montant les installations actuelles sont reprises par la nouvelle société, il procédera à une fondation simultanée ou successive ordinaire, puis les installations seront acquises à la société par des actes séparés et ultérieurs. La pratique des affaires tend à éluder les exigences de la loi. La seule différence qui résulte de cette manière de faire consiste en ce que, dans le premier cas, l'industriel en question aurait reçu en contre-valeur de ses immeubles et installations des actions de la nouvelle société, tandis que dans le second cas, il est payé en numéraire. Cette différence peut n'être que momentanée, si avec l'argent reçu, il achète des actions souscrites par d'autres ; il obtient ainsi une influence prépondérante dans la société.

b) L'assemblée générale ordinaire.

Celle-ci a lieu régulièrement une fois l'an, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice¹.

Par clôture d'exercice, il faut entendre une date que l'on choisit arbitrairement, date à laquelle on évalue toutes les valeurs actives et passives de l'entreprise, on détermine les pertes ou les profits qui se dégagent de chaque compte ou classe d'unités de valeurs² et on établit le bilan qui est un tableau dressé à la clôture de l'exercice et qui montre par l'actif comment le capital et les postes passifs sont répartis dans les diverses valeurs actives.

La date de la clôture de l'exercice, une fois choisie, doit rester la même pour l'exercice suivant, de sorte que la durée d'un exercice soit exactement d'une année. Il serait possible, théoriquement, de prendre une unité de temps plus grande que l'année, par exemple dix-huit mois ; la comparaison entre les divers exercices serait possible, puisque les intervalles seraient réguliers. Mais la loi prévoit expressément que les actionnaires doivent se réunir une fois par an, dans les six mois qui suivent

¹ C. O., art. 644, al. 2 ; C. O. rev., art. 699, al. 2.

² Dumarchey, *Théorie positive de la comptabilité*, p. 100 ; définition du compte.

la clôture de l'exercice ; donc les exercices dans une société anonyme doivent avoir la durée d'une année pour rester équivalents entre eux.

Aucune disposition légale ne règle le minimum des actions qui doivent être représentées à l'assemblée générale. On pourrait donc admettre que, même s'il n'y a qu'un seul actionnaire qui possède une seule action et qui assiste à une assemblée générale dûment convoquée dans les formes légales et statutaires, les décisions prises par ce seul actionnaire seront valables et opposables à tous les autres actionnaires possédant toutes les autres actions.

Il faut pourtant remarquer que déjà sous la législation précédente les opinions étaient très divergentes sur ce point. C'est l'article 640, alinéa 2, de l'ancien Code des Obligations qui était l'objet des controverses : « En aucun cas, un seul actionnaire ne peut réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée générale ».

Des auteurs ont donc soutenu que lorsqu'un seul actionnaire se trouve à l'assemblée générale, il réunit nécessairement en ses mains plus du cinquième des droits de vote représentés¹ ; il ne peut donc pas y avoir d'assemblée générale de moins de cinq actionnaires.

Admettons que dans une assemblée générale, il n'y ait que cinq actionnaires en présence et que les actions soient réparties entr'eux comme suit : 200 ; 20 ; 20 ; 9 ; 1 ; soit au total 250. Il faudrait conclure, suivant la théorie que nous venons d'exposer, que dans ce cas chacun des actionnaires présents à l'assemblée n'aurait droit qu'à une voix, le détenteur de 200 actions comme celui qui n'en possède qu'une et qu'il faudrait au moins trois actionnaires pour former la majorité.

¹ Rossel, *Manuel du Droit fédéral des obligations*, p. 799 et *Manuel du Droit civil suisse*, T. III, p. 696.

Voir aussi Schneider et Fick dans leur commentaire du C. O. en un volume, 1891, art. 612, N. 5 et art. 640, N. 4. Ces auteurs admettent que dans toute assemblée générale il faut qu'il y ait au moins cinq actionnaires, plus le conseil d'administration. Comme celui-ci peut n'être composé que d'un membre, le minimum nécessaire serait de six membres. Schneider a soutenu son opinion dans une conférence tenue à l'assemblée des juristes suisses à Soleure en 1892 ; voir dans Z. S. R., T. 12 (1893), p. 1 et s. *Zu Artikel 640 des schweiz. Obligationenrechtes*.

Cette interprétation est fausse en ce sens qu'il s'agit simplement de prendre le cinquième des actions représentées : en l'occurrence, s'il y en a 250, le cinquième sera de 50, nombre de voix au-delà duquel nul actionnaire présent ne pourra disposer.

Il n'est donc point du tout nécessaire qu'il y ait cinq actionnaires au moins prenant part à l'assemblée générale. Il suffit simplement de compter le nombre d'actions représentées et d'en calculer le cinquième qui sera le nombre maximum de voix dont un actionnaire pourra disposer. Ainsi une assemblée à laquelle n'ont pris part que deux actionnaires peut très bien avoir lieu valablement. Admettons que l'un d'eux ait 220 actions et l'autre 30. Les 220 actions du premier comptent pour 50 voix et l'autre en aura 30. Le premier aura donc toujours la majorité.

Ainsi d'autres auteurs, à la théorie desquels nous nous rattachons, estiment que l'article cité plus haut n'a donc pas du tout une portée aussi étendue que ne le suppose l'auteur cité plus haut ; il veut simplement protéger les petits actionnaires contre la trop grande importance que peuvent prendre certains gros actionnaires et ainsi limiter les excès auxquels peut conduire le vote par actions et non par tête¹. Cette même tendance se fait sentir dans l'alinéa 1 du même article, où il est reconnu au moins une voix à chaque actionnaire, ne possédât-il qu'une action. Il ne faut pas oublier non plus que l'article 640, alinéa 2, du Code fédéral des Obligations, contient aussi la disposition suivante : « La société peut limiter par les statuts le

¹ Voir Hafner, *Ueber die Frage der notwendigen Mindestzahl der Aktionäre für die Gründung einer Aktiengesellschaft*, dans « Zeitschrift des bernischen Juristenvereins », vol. 45, p. 64. « Das Gesetz hat die ganz gleiche Wirkung ob 3, 4, 5 oder 100 und mehr Aktionäre an der Generalversammlung teilnehmen ».

Dans la deuxième édition en deux volumes du commentaire de Schneider et Fick (1896), Schneider a lui-même abandonné sa théorie, v. art. 640, N. 4, p. 822 : « Entgegen der in früheren Auflagen dieses Kommentars ausgesprochene Ansicht, schliesse ich mich, durch Hafner's Gutachten und die allgemeine Uebung der Aktiengesellschaften bewogen, nun der grammatischen Interpretation an,... Es kann also nicht gesagt werden, dass immer fünf Mann da sein müssen ». Il faut remarquer qu'à l'art. 612, N. 5, p. 789, de la même édition, Schneider ne semble pas être si persuadé de ce qu'il dira quelques articles plus loin. Il se contente de citer l'opinion de Fick qui demande au moins six actionnaires présents à l'assemblée.

nombre de voix du porteur de plusieurs actions ». Donc, il se pourrait, si l'on admettait la première théorie, qu'il faille, cas échéant, suivant les dispositions statutaires, un nombre encore plus grand d'actionnaires pour qu'une assemblée générale soit valable. Il va de soi que les statuts peuvent contenir un article qui prévoit le nombre d'actions ou d'actionnaires nécessaires à la validité d'une assemblée générale. Dans ce cas, aucun doute n'est possible.

Admettons que les statuts ne contiennent aucune clause de ce genre et voyons si éventuellement le nombre d'organes que prévoit la loi pour une assemblée générale nous fournirait quelque indication sur le nombre minimal d'actionnaires qui doit y être représenté, puisque d'après ce qui a été examiné plus haut, l'article 640 du Code des Obligations ne donne pas de précisions sur ce point.

Toute société anonyme a nécessairement les organes et pouvoirs suivants :

1. L'assemblée générale des actionnaires ;
2. Une administration ;
3. Des contrôleurs ¹.

Ces derniers peuvent ne pas être des actionnaires ², ils n'entrent donc pas en ligne de compte pour savoir si les décisions d'une assemblée générale à un seul actionnaire sont nulles ou susceptibles d'être attaquées en justice. Par contre, il faut qu'il y ait eu un rapport des contrôleurs, dont l'assemblée a eu connaissance avant de voter sur le résultat de l'exercice et avant de fixer les dividendes, faute de quoi les décisions prises à cet égard sont nulles ³.

Par ailleurs, la loi ne demande à aucun endroit la présence obligatoire du ou des administrateurs à l'assemblée générale. Cependant au cas où l'unique actionnaire présent serait en même temps administrateur de la société, il ne peut pas se

¹ C. O., art. 642.

² C. O., art. 659 et C. O. rev., art. 727, al. 2.

³ C. O., art. 644 ; C. O. rev., art. 729, al. 2. Cette disposition qui n'avait pas été maintenue dans le P. 1928 a été réintroduite dans le C. O. rev.

donner décharge à lui-même, puisque ceux qui, à un titre quelconque, prennent part à la gestion, n'ont pas le droit de vote dans ce cas¹. Par contre, comme il n'est nullement prévu dans le Code que cette décharge soit nécessairement donnée, cet argument tombe aussi et une assemblée générale avec la présence d'un seul actionnaire peut avoir lieu valablement.

Au reste, la loi de 1936 concernant la revision des titres 24 à 33 du Code des Obligations a visiblement changé les dispositions du Code actuellement en vigueur, justement en ce qui concerne ce problème, soit en les précisant, soit en les supprimant.

Pour la fondation d'une société anonyme, la loi de revision prévoit que le nombre des actionnaires ne peut être inférieur à trois et il faut qu'il y ait assez de membres pour constituer les organes statutaires de l'administration. De plus, lorsque le nombre des actionnaires est réduit à moins de trois, ou que la société ne possède pas les organes statutaires nécessaires à son fonctionnement, le juge peut, à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier, prononcer la dissolution, si la société ne rétablit pas la situation légale dans un délai convenable².

On se rend donc bien compte que la loi, sans faire mention expressément de la société anonyme composée d'un seul membre³, la tolère implicitement en Suisse⁴. Ce n'est pas le fait que toutes les actions d'une société anonyme soient réunies entre les mains d'un seul ou de deux actionnaires qui entraîne *ipso facto* la dissolution de la société ; il faut l'action en justice intentée par un actionnaire ou un créancier.

Pour notre part, nous ne concevons pas bien l'efficacité de cette disposition. En effet, s'il n'y a que deux actionnaires dans la société, l'un des deux n'ira que peu probablement chez le juge demander la dissolution de la société, en raison du nombre insuffisant des actionnaires, car il est bénéficiaire de cette situation au même titre que l'autre. S'il s'agit d'un créancier, quel intérêt aurait-il à demander la dissolution de la société ? Il serait

¹ C. O., art. 655, al. 2. Voir texte allemand. « Kein Stimmrecht ». C. O. rev., art. 695, al. 1.

² C. O. rev., art. 625.

³ « Die Einmanngesellschaft » ou « One man Company ».

⁴ Bull. stén. Conseil des Etats, 1931, session d'été, p. 357.

bien plus simple pour lui d'actionner la société selon les dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, pour recouvrer sa créance.

Nous voilà bien loin déjà du problème qui nous préoccupe, semble-t-il ; nous avons simplement voulu montrer cependant que puisque la loi admettait la société composée d'un seul membre, une assemblée générale composée d'un seul actionnaire devait nécessairement être admise aussi.

La loi de revision a de même abandonné la clause qui ne permet pas à un actionnaire de réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote représentés à l'assemblée générale. On a considéré cette disposition comme une entrave à rejeter ; car il est permis au législateur d'admettre, dans les cas normaux, que l'intérêt d'un actionnaire important s'identifie avec celui de la société. En tout cas, rien ne justifie la présomption qu'une minorité économique presque nulle soit mieux qualifiée que les plus importants actionnaires pour apprécier les besoins et sauvegarder les intérêts de l'entreprise ¹.

On peut ne pas être d'accord avec ces raisons et penser aux nombreux cas où, effectivement, à l'encontre de ce qui a été rapporté plus haut, certains gros actionnaires n'ont pas sauvegardé les intérêts généraux de la société, mais au contraire les ont violés pour obtenir des avantages personnels d'ordre spéculatif et autre. Il est en effet difficile de poser des règles générales, vu les cas souvent fort différents auxquels elles doivent s'appliquer. Une fois, il s'agit d'un gros actionnaire qui a fait de la société anonyme dans laquelle il est intéressé l'œuvre de sa vie ; il n'a érigé son entreprise en société anonyme qu'en raison des grands capitaux qu'elle exigeait et à l'apport total desquels il ne pouvait pas subvenir : les intérêts de la société seront ses intérêts et il n'y a aucune raison pour limiter ses droits — limitation qui, soit dit en passant, n'a aucun ou presque aucun effet pratique. Une autre fois, il s'agit d'un individu quelconque qui s'est procuré la majorité des actions d'une société pour prendre ou faire prendre des décisions qui feront monter les cours des actions en bourse jusqu'au point où il pourra les

¹ Message C. F., p. 46.

revendre avec un important bénéfice. Il est probable que pour atteindre ce but, les intérêts de la société et par conséquent ceux des autres actionnaires auront été lésés à son profit.

On peut ainsi avancer des arguments dans un sens comme dans l'autre ; mais ce qui nous intéresse ici, c'est que la loi de revision, en abandonnant la disposition de l'article 640, alinéa 2, du Code des Obligations, précédemment en vigueur, a par cela même rendu plus évidente la validité de l'assemblée générale où il n'y aurait qu'un seul actionnaire présent.

Comme dit plus haut, le projet de 1928 avait abandonné également la disposition selon laquelle les décisions de l'assemblée générale sont nulles en ce qui concerne l'adoption du bilan et la fixation du dividende, si l'assemblée n'a pas été nantie préalablement du rapport des contrôleurs, ce qui aurait facilité l'existence pratique d'une assemblée générale à un seul actionnaire. La loi de revision a cependant réintroduit définitivement ce principe¹.

Il résulte de ces quelques considérations que l'assemblée générale à un seul actionnaire présent est rendue plus normale encore par la loi de revision de 1936 des titres 24 à 33 du Code des Obligations. Du reste jusqu'à présent, dans le silence de la loi, la pratique du Tribunal fédéral, se rapprochant sur ce point de celle du Tribunal d'Empire allemand², a déjà admis à plusieurs reprises que le fait que toutes les actions d'une société anonyme soient réunies dans les mains d'une seule personne n'entraîne pas, *ipso facto*, la dissolution de la société³.

Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu à la société anonyme composée d'un seul actionnaire une personnalité distincte de celle de l'actionnaire lui-même ; il ne s'est basé à vrai dire sur aucune doctrine ou théorie juridique, mais il a simplement pris en considération les effets pratiques.

¹ C. O., art. 644, al. 2 ; C. O. rev., art. 729, al. 2.

² Voir E. R. G. 98, p. 291.

³ A. T. F. 45 II, p. 36, cons. 4. ...Le fait que le demandeur possède à lui seul toutes les actions a sans doute pour conséquence que la société ne peut plus déployer son activité normale, mais elle continue à exister à l'état de vie latente, et il suffit que le nombre des actionnaires vienne à augmenter pour que son activité puisse reprendre ; voir aussi A. T. F. 45 II, p. 90, cons. 3 ; 50 II, p. 175, cons. 1.

c) *L'assemblée générale extraordinaire.*

Toute assemblée générale qui n'a pas seulement pour but d'adopter le bilan, de fixer le dividende, de nommer les administrateurs et les contrôleurs, de leur donner décharge, est ce que l'on appelle une assemblée générale extraordinaire ; ou bien elle doit statuer sur des points pour lesquels la loi ou les statuts demandent un quorum et une majorité bien définis, et elle pourrait par conséquent parfaitement bien coïncider avec l'assemblée générale ordinaire, si l'ordre du jour faisait mention de ces points ; ou bien, elle est convoquée spécialement à une date différente de celle de l'assemblée générale annuelle, soit par les administrateurs, soit au besoin par les contrôleurs, soit sur requête d'un ou de plusieurs actionnaires représentant le dixième, au moins, du capital social¹ ; ou bien enfin, elle a lieu sans convocation spéciale, si tous les actionnaires, sans exception aucune, se rencontrent pour statuer sur des objets concernant la société².

En France, la loi sur les sociétés de 1867 exigeait pour toute assemblée générale extraordinaire, où il est délibéré sur des modifications de statuts ou sur des propositions de continuation de la société au-delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, la présence d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social³. La loi exigeait ce quorum aussi pour d'autres délibérations, à l'assemblée constitutive⁴ ; mais, alors que pour celle-ci, si à une première assemblée le quorum de la moitié du capital social n'est pas réuni, une seconde assemblée peut délibérer avec un quorum d'un cinquième, l'assemblée générale dite extraordinaire ne peut en aucun cas prendre des décisions avec un quorum inférieur à la moitié⁵.

¹ C. O., art. 644, al. 1 et art. 645 ; C. O. rev., art. 699, al. ~~3~~.

² Le C. O. rev. prévoit expressément cette sorte d'assemblée générale à l'art. 701.

³ L. soc., art. 31.

⁴ L. soc., art. 30.

⁵ Voir Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, T. II., N. 863 bis, p. 645. Organisation, compétence et pouvoirs des assemblées générales extraordinaires. Voir aussi Houpin, *Journ. soc.*, 1880, p. 539.

Une loi du 22 novembre 1913 a modifié, entre autres, ces dispositions et a augmenté et le quorum et la majorité requis pour prendre certaines décisions importantes relatives à la modification des statuts, respectivement aux trois quarts du capital social et aux deux tiers des voix représentées¹.

Ainsi le droit français a fait une distinction très nette entre l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire.

D'après le Code des Obligations précédemment en vigueur en Suisse, la distinction se faisait sentir également, quoique d'une manière moins incisive.

Le Code des Obligations disait : « A moins de dispositions contraires dans les statuts, les décisions par lesquelles la société étend le cercle de ses opérations en y comprenant des affaires analogues, ou le restreint, ou fusionne avec une autre société, ne peuvent être prises que dans une assemblée générale, où les deux tiers au moins des actions sont représentés. Si dans une première assemblée générale, les deux tiers des actions ne sont pas représentés, une seconde assemblée peut être convoquée à trente jours au moins de la première, et les décisions prévues au présent article peuvent y être prises, encore qu'un tiers seulement des actions soit représenté »².

Cette première proposition « à moins de dispositions contraires dans les statuts » enlève déjà à cet article une bonne partie de sa valeur en tant qu'élément de distinction entre assemblées générales ordinaires et assemblées générales extraordinaires ; il n'est ainsi qu'un article de droit dispositif. D'autre part, du fait qu'à une seconde assemblée le quorum est abaissé à un tiers du capital social, celle-ci se rapproche sensiblement d'une assemblée générale ordinaire.

La loi du 18 décembre 1936 concernant la revision des titres 24 à 33 du Code des Obligations s'identifie presque sur ce point avec le Code précédemment en vigueur³. On y lit aussi la propo-

¹ Loi du 29 novembre 1913, art. 1, § 3. L'art. 1 remplace l'art. 31 de la L. soc. de 1867.

² C. O., art. 627, al. 2.

³ C. O. rev., art. 649.

sition « sauf clauses contraires des statuts ». Une première assemblée y est également prévue, dans divers cas énumérés, qui doit réunir les deux tiers au moins du capital social pour délibérer valablement.

Si cette première assemblée ne réunit pas les deux tiers exigés, une seconde assemblée sera convoquée avec un délai d'au moins huit jours, à compter de celui où la première assemblée s'est réunie — ceci, sauf dispositions contraires des statuts — et elle pourra délibérer avec le quorum d'un tiers seulement. La majorité sera de la moitié des actions représentées plus une.

On peut se demander ce qu'il advient si à la deuxième assemblée dont parlent l'ancien Code des Obligations et la loi de revision de 1936 le quorum du tiers n'est même pas atteint. C'est bien simple : aucune décision ne peut être prise dans ce cas ; si l'on n'arrive même pas à réunir les détenteurs d'un tiers des actions pour prendre des décisions sur des points importants, parce qu'ils n'y prennent pas d'intérêt, il est absolument inutile de prévoir un quorum encore plus bas¹.

Une assemblée générale extraordinaire doit également avoir lieu lorsqu'il s'agit de transformer le but social. D'après le Code des Obligations, cette décision ne pouvait être prise que dans une assemblée réunissant la totalité des actionnaires et qu'à l'unanimité².

La loi de revision demande pour cette décision, et ceci sans que les statuts puissent y déroger, non plus l'unanimité de tous les actionnaires, mais encore une majorité des deux tiers au moins de l'ensemble du capital social³.

Tandis que l'ancien Code des Obligations avait admis sur ce point, selon la théorie contractuelle, le principe de l'immutabilité des statuts, en considération de ce qu'il s'agit ici de la pierre fondamentale de la société, la loi de revision, tout en exigeant

¹ Bull. stén. Conseil des Etats, 1931, session d'été, p. 367. Voir aussi Pascaud, « Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires dans les sociétés anonymes », dans *Revue des sociétés*, 1895, p. 568.

² C. O., art. 627, al. 3 : « La majorité ne peut imposer à la minorité une transformation du but de la société ».

³ C. O. rev., art. 648.

encore une forte majorité, a cependant abandonné le seul vestige de la théorie contractuelle.

On peut admettre en effet que l'article des statuts précisant le but de la société est celui qui a principalement attiré l'attention des intéressés qui sont devenus ensuite des souscripteurs ou nouveaux actionnaires, du moins en supposant, comme on le fait toujours dans le droit des sociétés anonymes, que les actionnaires, ou les souscripteurs, s'occupent vraiment de la société dont ils font ou vont faire partie.

Il est évident que, même sous le régime du Code des Obligations, il existait un moyen fort simple pour rendre la clause d'unanimité illusoire : il suffisait de racheter les actions aux sociétaires dissidents, s'ils n'étaient que peu nombreux, naturellement en les payant un prix bien adapté aux circonstances.

La pratique des affaires et la jurisprudence du Tribunal fédéral tendent du reste à conclure plutôt dans le sens d'une extension de l'entreprise qu'à une transformation du but de la société¹.

Nous avons essayé de donner dans les quelques pages qui précèdent un aperçu concret de la distinction entre les diverses assemblées générales, en nous basant uniquement sur des questions de forme pour trouver un critère suffisant.

Cependant, il peut arriver que les statuts de la société demandent un quorum et une majorité déterminés, lorsqu'il s'agit de délibérer sur des questions autres que celles dont la loi fait mention ; s'agit-il là aussi d'assemblées générales extraordinaires ? Il faut répondre par l'affirmative, si l'on veut garder le critère que nous avons choisi. Ainsi, au contraire, si les statuts prévoient expressément, contrairement aux dispositions légales, et comme la loi le permet du reste, que pour les modifications aux statuts point ne sont nécessaires une majorité spéciale et un quorum donné, les assemblées dans lesquelles des modifications seront décidées n'auront pas été des assemblées générales extraordinaires, mais des assemblées ordinaires. La distinction entre ces deux assemblées ne peut donc pas être établie nettement.

¹ A. T. F. 25 II, p. 839, cons. 4.

Nous trouvons ici encore un cas où la bonne foi et le peu d'attention des souscripteurs pourraient leur être néfastes. Ils n'auront pas remarqué peut-être ou n'auront pas attaché d'importance à l'article des statuts qui prévoit que les modifications à ceux-ci seront décidées à la majorité simple des actions représentées à l'assemblée. Tout d'un coup, plus tard, ils se rendront compte de ce que les statuts ont été modifiés au profit de quelque autre actionnaire. Ces modifications auront pu se faire avec une facilité relativement grande, puisqu'il suffit d'une majorité simple pour les faire accepter, majorité qu'un actionnaire-fondateur ou qu'un groupe d'actionnaires-fondateurs se sera réservé dès le début.

SECTION II

Le mode de formation de la volonté collective

(Du droit de vote dans les assemblées générales)

Seuls les actionnaires ont le droit de voter dans les assemblées générales. L'assemblée générale étant la réunion des actionnaires, c'est-à-dire de ceux qui ont mis une partie de leur fortune personnelle en commun pour fonder une entreprise, ce ne sera qu'à eux qu'appartiendra le droit de délibérer sur les questions qui touchent la société.

1. Participation des créanciers et d'autres personnes à l'assemblée.

Cependant, d'autres personnes ont aussi mis une partie de leurs capitaux ou de leurs biens à la disposition de l'entreprise : les créanciers obligataires, les autres créanciers, par exemple les banques et les fournisseurs. N'ont-ils pas le droit à prendre part, eux-aussi, aux assemblées générales et à voter ?

Le droit de vote ne peut pas leur être accordé, puisqu'ils ne sont pas co-propriétaires de l'entreprise et qu'ils n'ont qu'un droit

au remboursement de ce qu'il leur est dû. Un commerçant ou un industriel n'ira pas consulter ses créanciers lorsqu'il veut prendre une décision concernant la marche de son entreprise, ou, en tous les cas, leurs avis n'auront point une influence directe et primaire sur la formation de sa volonté : c'est lui-même qui prend les décisions, l'opinion de ses créanciers ne jouera qu'un rôle secondaire. De même, si l'on veut comparer l'assemblée générale au cerveau de l'homme¹, l'opinion des divers créanciers ne doit pas contribuer directement à la formation de volonté de la société.

En prenant cet exemple, tiré de la théorie de la réalité de la personne morale, nous nous rendons parfaitement compte de ce que cette théorie a d'exagéré et de fictif même, mais il nous semble cependant qu'elle sert à rendre plus clairs certains faits qui, par eux-mêmes, ne sont pas facilement explicables.

Ainsi, de même que le commerçant dont nous avons parlé plus haut peut éventuellement aller consulter certains de ses créanciers, de même l'assemblée générale peut admettre dans son sein la présence d'obligataires ou d'autres créanciers, avec voix consultative. Quelques législations étrangères ont du reste réservé le droit d'assister à l'assemblée générale à certaines catégories de créanciers². D'après l'article 25 de l'Ordonnance fédérale du 20 février 1918 sur la Communauté des créanciers dans les emprunts par obligations³, le représentant des créanciers obligataires a le droit, dans certaines conditions, de prendre part, avec voix consultative à l'assemblée générale des actionnaires de la société débitrice.

D'autres personnes, qui ne sont pas actionnaires, peuvent aussi, cas échéant, assister à l'assemblée générale : ainsi les représentants de la presse, des experts, éventuellement des contrôleurs⁴, des porteurs de bons de jouissance⁵.

¹ Voir Thaller, Note au D. P. 93 I, p. 108 et Magdelaine, *Des assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, p. 19, à propos de la théorie de Thaller.

² Voir Lehmann, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, T. II, p. 159.

³ R. O. 34, p. 231.

⁴ C. O., art. 659 ; C. O. rev., art. 727, al. 2.

⁵ Les bons de jouissance ne confèrent pas à leurs titulaires la qualité d'actionnaires. C. O. rev., art. 657, al. 4.

II. Droit de vote des actionnaires.

a) Restrictions.

Donc, à quelques réserves près, seuls les actionnaires ont le droit de participer à l'assemblée.

Deux droits qui se confondent facilement, mais dont la teneur n'est pas la même, doivent être distingués l'un de l'autre : le droit de participer à l'assemblée générale et le droit de vote. Le second est une partie du premier ; cependant les deux peuvent être séparés selon les cas. Tandis que le premier est un droit qui ne peut pas être refusé à l'actionnaire, soit par l'assemblée générale elle-même, soit par une disposition statutaire¹, le second peut être retiré à certains actionnaires dans certains cas.

1. Ainsi, d'après l'ancien Code des Obligations, lors d'un *apport en nature* ou de l'octroi d'avantages particuliers à un actionnaire, celui-ci, dont l'apport ou les avantages sont l'objet de la discussion, n'avait pas le droit de voter². Notons que la loi de revision de 1936 n'a pas retenu cette restriction du droit de vote de l'apporteur en nature ou de l'actionnaire qui demande des avantages particuliers. On peut cependant admettre en thèse générale que toutes les fois que les intérêts d'un actionnaire sont en opposition avec ceux de la société et que ce fait est connu d'avance, il y a lieu d'enlever le droit de vote au dit actionnaire³.

2. Un autre cas où l'actionnaire ne peut pas voter est celui où il s'agit de donner *décharge* au conseil d'administration : les

¹ Weder, *Die Rechtsmängel in den Beschlüssen der Aktionärenversammlung*, p. 19.

² C. O., art. 619, al. 4.

³ Voir C. C. S., art. 68. Cet article du C. C. S. sur le droit de vote dans les assemblées générales des associations peut très bien s'appliquer aussi aux assemblées générales dans les sociétés anonymes.

Voir Egger, *Kommentar zum Z. G. B.*, T. I, art. 68, N. 3, p. 223.

membres du conseil n'ont pas droit de vote, pas plus que tout actionnaire qui a pris part, d'une façon quelconque à la gestion¹.

Un point intéressant est de savoir si l'on doit donner décharge au conseil d'administration, *in corpore*, ou si l'on doit la donner à chaque membre individuellement. Le problème pourrait avoir une assez grosse importance pratique.

En effet, dans le second cas, les membres du conseil d'administration, le plus souvent de gros actionnaires, arriveraient à se donner décharge mutuellement en votant à tour de rôle pour la décharge de leurs collègues. Ceci ne serait évidemment pas dans les vues du législateur qui, en réservant exclusivement à l'assemblée générale le droit de donner une décharge au conseil d'administration, a voulu établir une instance de contrôle des actes accomplis durant l'exercice écoulé par le dit conseil.

En général, l'activité pour laquelle l'assemblée générale donne décharge consiste en celle du conseil d'administration en tant qu'organe; donc il s'agit de celle de tous les membres du conseil à la fois. Pour le cas où, par suite d'une clause statutaire ou d'une décision d'assemblée générale, l'activité des divers membres du conseil d'administration n'est pas constituée d'une manière uniforme pour chacun d'eux, on se rend compte aussi que la responsabilité ne doit pas être nécessairement la même pour les divers membres. C'est à cet état de choses seulement que correspondrait un vote de décharge en faveur de chaque membre du conseil d'administration individuellement². Dans ce cas aussi, le vote des autres membres peut être autorisé; puisqu'ils n'ont pas la même responsabilité, il y a lieu d'admettre qu'il n'y aura pas de collusion d'intérêts. D'un autre côté, il y a parfois avantage pour la collectivité d'avoir le vote des autres membres du conseil d'administration, ceux-ci ayant peut-être de sérieuses raisons, qu'ils sont seuls à connaître, pour refuser de donner décharge à l'un de leurs collègues.

3. Le troisième cas, dont parlent l'ancien Code des Obligations et la loi de revision de 1936 en ce qui concerne les restrictions

¹ C. O., art. 655, al. 2 et C. O. rev., art. 695, al. 1.

² Fischer, *Die Aktiengesellschaft*, § 48, IV, N. 3, p. 311, dans « Ehrenberg's Handbuch des Handelsrechtes ». T. III, 1^{re} partie.

au droit de vote, est celui où la société a acquis, pour une raison ou pour une autre, une *partie de ses propres actions*¹.

Le législateur, en interdisant en règle générale aux sociétés anonymes d'acquérir leurs propres actions et en ne l'admettant que dans certains cas bien déterminés, a été guidé par plusieurs raisons très importantes, dont la plus forte est certainement celle qui vise la protection des créanciers. D'autre part, au point de vue strictement juridique, il n'est pas admissible qu'une société anonyme soit elle-même sa propre actionnaire.

Ce qui nous intéresse cependant beaucoup plus directement, c'est d'analyser la raison qui a commandé aux législateurs d'interdire que les actions acquises par la société soient représentées à l'assemblée générale.

Il y a cinq cas où la loi de revision permet aux sociétés d'acquérir leurs propres actions², soit si elles sont devenues propriété de la société anonyme par suite de l'exécution d'une décision concernant la réduction du capital social; lorsqu'elles sont acquises en paiement de créances de la société, à moins que celles-ci ne résultent de la souscription même d'actions; lorsque l'acquisition a lieu par suite de la reprise d'un patrimoine ou d'une entreprise avec son actif et passif; lorsque l'acquisition ou le nantissement des actions se rattache à des opérations que les statuts font rentrer parmi celles de la société; lorsque des administrateurs, des directeurs ou employés de la société déposent des actions en garantie de l'exercice de leurs fonctions.

Le premier cas ne peut entrer en ligne de compte pour un usage abusif du droit de vote des actions, parce que la loi de revision comme du reste l'ancien Code des Obligations, prescrit leur cancellation immédiate; le dernier cas non plus puisque les propriétaires respectifs réclameront leurs actions, du moins en théorie, pour exercer leurs droits d'actionnaires à l'assemblée générale.

¹ C. O., art. 628 et surtout al. 5 : « Les actions rachetées par une société ne peuvent être représentées dans les assemblées générales ». C. O. rev., art. 659, al. 5 : « Les actions acquises par la société ne peuvent être représentées à l'assemblée générale ».

² C. O. rev., art. 659. Le P. 1928, art. 660, al. 2, stipulait même que l'acte, dont résulte l'acquisition d'actions par la société elle-même, en violation de la disposition prohibitive de la loi est nul. Le C. O. rev. n'a cependant pas maintenu cette disposition.

Dans les trois autres cas cependant, prévus par la loi, les administrateurs pourraient éventuellement utiliser les actions en possession de la société pour augmenter leur puissance de vote à l'assemblée générale.

Juridiquement, ceci ne peut être toléré, parce que n'appartenant à personne en propre, si ce n'est à la société comme telle, personne ne pourra se servir de ces actions pour exprimer sa volonté¹.

C'est justement l'utilisation de ces actions par les administrateurs de l'entreprise, dans le but de servir leurs propres intérêts, que le législateur a voulu prohiber.

Il y a un moyen cependant qui n'est pas illégal de tourner l'article de la loi défendant aux sociétés anonymes d'acquérir leurs propres actions². La société en question fonde une autre société, sous une raison sociale quelconque. Cette dernière s'engage par contre à souscrire les actions que la première va émettre et de plus de les lui remettre à toute réquisition, contre paiement de la même somme qui a été fixée lors de leur souscription. Cette deuxième société n'est donc propriétaire que juridiquement des actions de la première; au point de vue économique, elle n'en est que la gérante. Le but à atteindre par ce moyen est de procurer à la société la faculté de se prémunir contre le danger de la main-mise étrangère sur l'entreprise³.

D'un côté, l'entreprise ne possède pas ses propres actions, mais elle a dans son portefeuille toutes les actions d'une autre société qui détient les siennes propres. L'opération, tout en étant régulière, a atteint son but.

Il n'est pas douteux que non seulement celle-ci serve à la protection de la nationalité de la société en question, argument qui est fort souvent avancé en pareil cas, mais qu'elle soit parfois employée par les administrateurs pour servir leurs intérêts personnels⁴.

¹ L'ancien C. O., art. 628, ne prévoyait pas le cas de la reprise d'une entreprise avec actif et passif dans lequel la dite possède dans son portefeuille des actions de la société, ni celui des actions déposées en garantie par les administrateurs, directeurs ou employés. — A notre avis, du reste, la mention de cette dernière exception parmi celle où une société est autorisée à acquérir ses propres actions est une erreur. En effet, il ne s'agit en l'occurrence point d'une acquisition, mais seulement d'un dépôt.

² Voir à ce sujet E. R. G. 113, p. 188 et s.

³ En allemand, ces actions s'appellent « Schutzaktien ».

⁴ Voir Nussbaum, *Aktionär und Verwaltung*, p. 21 et s.

b) *Etendue du droit de vote.*

Après avoir parlé des divers cas de restriction au droit de vote, il y a lieu maintenant de l'analyser lui-même afin de se rendre compte de son étendue.

Le droit de vote dans les sociétés anonymes se caractérise par le fait que l'actionnaire n'a pas le droit de collaborer à la gestion de la société parce qu'il est membre de cette société, mais bien parce qu'il a investi une partie plus ou moins grande de sa fortune dans l'entreprise pour l'établissement de laquelle cette société a été constituée¹. C'est de ce principe initial que découle le fait général que tout actionnaire a autant de voix qu'il a d'actions.

Dans un ordre sensiblement différent, mais tout de même découlant de la même idée, la Constitution belge reconnaît à certaines catégories de citoyens un droit de vote plus étendu qu'à d'autres.

De même que l'actionnaire dans la société anonyme d'après le droit suisse, tout citoyen belge a au moins droit à une voix au vote. De plus, la Constitution belge accorde un droit de vote double à une catégorie de citoyens, fondé sur le degré de maturité résultant de l'âge, sur la qualité de chef de famille ayant créé un foyer, ou sur l'intérêt de conservation dérivant de la propriété. Le vote plural étant limité à trois voix, un droit de vote triple est accordé à certains citoyens qui ont reçu une instruction très complète ou qui ont acquis une grande expérience².

Le Code des Obligations connaissait aussi une limite au droit de vote. L'article 640 du Code non-révisé, dont nous avons déjà suffisamment parlé plus haut, dit à la fin du deuxième alinéa : « En aucun cas un seul actionnaire ne peut réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée générale ».

Le nouveau Code des Obligations a laissé tomber cette restriction. En première ligne, on s'est rendu compte de son inutilité.

¹ « Comme la société anonyme est une société capitaliste, ce sont les actions qui comptent ». Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, T. III, p. 424.

² Flandin, *Les institutions politiques de l'Europe contemporaine*, T. I, p. 194 et s.

grâce à l'emploi si facile d'hommes de paille ; puis, dit le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de 1928, rien ne justifie la présomption qu'une minorité d'importance économique presque nulle soit mieux qualifiée que les plus importants actionnaires pour apprécier et sauvegarder les intérêts de l'entreprise ¹.

Il nous semble toutefois que cette affirmation du message soit aussi gratuite que la présomption qu'elle veut attaquer. On ne peut pas se défendre de la crainte qu'un actionnaire ou un petit groupe d'actionnaires, possédant la majorité des actions, emploie parfois son importance prépondérante à son avantage particulier, bien plus qu'à celui de la société en général, sacrifiant ainsi les intérêts des petits actionnaires.

Ce qui importait beaucoup plus et ce que le message du Conseil fédéral n'avait pas voulu avouer, c'est l'inefficacité de toutes ces mesures restrictives. Bien que la loi de revision de 1936 interdise l'emploi d'hommes de paille rendant illusoire une restriction au droit de vote et prévoie que tout actionnaire a le droit d'attaquer en justice une décision de l'assemblée générale prise avec l'appui de ceux-ci ², il est bien facile de recourir à ce moyen, vu que la preuve qu'il y ait réellement eu emploi d'hommes de paille est très difficile à faire.

Actions à vote plural. — Non seulement chaque action donne droit à une voix au vote, exception faite des restrictions prévues par les statuts, mais il se pourrait qu'on accorde à des actions d'une certaine catégorie un droit de vote plural ; c'est-à-dire qu'une action de cette catégorie donne droit, non pas une voix, mais à deux, trois voix et plus.

Nous n'avons pas à nous occuper ici des diverses opinions qui ont été émises sur la base du Code des Obligations précédemment en vigueur. Qu'il nous suffise de savoir que l'article 640 donnait lieu à des interprétations fort divergentes ³. Selon l'opinion

¹ Message C. F., p. 46, voir plus haut p. 56.

² C. O. rev., art. 691.

³ Voir Niess, *L'action à droit de vote privilégié*, p. 109 et s.
Blenk, *Les actions à vote privilégié*, p. 32 et s.

dominante, le Code des Obligations non révisé posait deux règles, dans les limites desquelles le vote plural était permis : chaque actionnaire a une voix au moins et chaque action ne donne droit au maximum qu'à une voix.

La première règle est nette et se trouve explicitement indiquée à l'article cité plus haut, mais la seconde, selon laquelle chaque action ne donnerait droit qu'à une voix, ne repose sur aucun texte légal¹.

Il reste cependant établi que, dans la pratique, presque tout se passait comme si ces deux règles existaient, nettement posées par la loi. En effet, pendant que le vote plural direct — celui en vertu duquel une action peut donner droit à deux, trois voix ou plus — n'existait pas ou presque pas en Suisse, le vote plural indirect était beaucoup plus fréquent.

On entend par vote plural indirect celui qui, basé sur le principe légal que chaque action donne droit à une voix, existe en fait lorsqu'il y a deux ou plusieurs catégories d'actions ayant un montant nominal différent. Ainsi, si dans la même société anonyme il existe des actions au nominal de cinq cents francs et des actions au nominal de cent francs, ou ce qui revient au même, si les actions de cette seconde catégorie sont également libellées à un montant de cinq cents francs, mais qu'elles ne sont libérées que d'un cinquième², nous sommes en présence d'un système de vote plural. En effet, en engageant le même capital dans la société que le propriétaire d'une action de cinq cents francs, le propriétaire de cinq actions de cent francs, exerce un droit de vote cinq fois plus fort que le premier.

Cette manière de faire, qui rompt pourtant avec la notion démocratique régissant toute la législation de la société anonyme, est reconnue comme licite, de même que le système de vote plural direct, par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, d'une simple association de capitaux, telle qu'on l'a jugée autrefois, la société anonyme peut parfois devenir une association de personnes, dont l'importance et les droits de gestion ne se jugent pas seulement

¹ A. T. F. 59 II, p. 51, cons. 6.

² C. O., art. 618, al. 1 ; C. O. rev., art. 633.

d'après le capital qu'ils ont engagé, mais aussi et surtout d'après d'autres facteurs d'ordre personnel.

Le projet du Conseil fédéral de 1928 revisant les titres 24 à 33 du Code des Obligations avait, d'une façon très nette, admis le vote plural indirect: « Les actionnaires exercent leur droit de vote dans l'assemblée générale proportionnellement au nombre d'actions qu'ils possèdent et toutes les actions de valeur nominale pareille ont un droit de vote égal »¹. De cet article on pouvait tirer deux conséquences, à première vue:

Premièrement, comme le disait du reste le Conseil fédéral dans son message à l'appui du projet², le vote plural direct n'est pas licite.

Mais, et c'est ce que le dit message ne mentionnait pas, en même temps le vote plural indirect était autorisé, puisque, si toutes les actions de valeur nominale pareille ont un droit de vote égal, les actions de valeur nominale inégale auront aussi un droit de vote inégal entre elles. Il n'était pas dit que les droits de vote de deux actions de valeur nominale différente devaient être égaux entre eux proportionnellement à leur valeur: ainsi, si une action de cent francs donnait droit à une voix, une action de cinq cents francs donnerait droit à cinq voix.

Cependant, si le message du Conseil fédéral³ et le texte du projet laissaient subsister des doutes, il ressortait clairement du procès-verbal de la commission d'experts⁴ que l'intention était de prohiber le vote plural sous quelque forme que ce soit.

¹ P. 1928, art. 692, al. 1.

² Message C. F., p. 32: « Tous avantages en matière de droit de vote sont exclus; les dispositions de l'art. 692 sont en effet impératives » et p. 47: « Il est donc inadmissible de concéder aux actions privilégiées un droit de vote plus étendu (droit de vote plural) que celui attaché aux actions ordinaires ».

³ Le Message C. F. dit cependant à la page 47, à propos du droit de vote reconnu à l'action dès qu'elle est libérée du 20 %: « Cette règle n'est pas sans éveiller des scrupules dans le cas d'augmentation du capital, attendu qu'alors il y a égalité du droit de vote en dépit d'une participation financière inégale. Cependant comme il serait trop compliqué de fixer des droits de vote en rapport avec les versements effectués, nous avons dû renoncer à établir une règle dans ce sens ». Il ressort de ce texte qu'il y a une volonté manifeste à prohiber le vote plural sous toutes ses formes, puisque le message relève expressément un point où une forme de vote plural pourrait exister.

⁴ Procès-verbal de la Commission d'experts, p. 305-308.

D'autre part, il suffirait de consulter le texte allemand du projet¹ pour constater qu'effectivement il s'agit ici d'une faute de rédaction dans le texte français et nous voyons ainsi que la seconde des conséquences que nous avons tirée plus haut, d'après ce dernier texte, est erronée.

Remarquons à ce sujet que le Conseil des Etats, adoptant ainsi les vues de sa commission, avait voté un changement à l'article 692 du projet, en ce sens que le principe de « une action, une voix » fût admis et que par conséquent le vote plural indirect fût licite². La commission du Conseil national, au contraire, avait proposé de prohiber le vote plural sous toutes ses formes, ainsi que le projet l'avait fait. Le texte français du projet avait été modifié de telle façon que le doute ne fût plus possible³. La commission avait obtenu sur ce point le suffrage de la majorité du Conseil national.

En établissant nettement que tout vote plural est prohibé, la commission du Conseil national avait immédiatement prévu une exception importante. Afin de faciliter et d'encourager les assainissements de sociétés par réduction du capital et par l'émission de nouvelles actions, les actions, dont le nominal avait été réduit, donneraient droit à un vote établi selon leur valeur nominale première⁴.

Et quand même, dans un article 692 bis, la commission du Conseil national avait proposé, et la majorité du Conseil l'avait accepté, que les statuts pourraient établir un droit de vote égal pour toutes les actions quel que soit leur montant. Dans ce cas,

¹ P. 1928, art. 692, al. 1: « Die Aktionäre üben ihr Stimmrecht nach Verhältnis der Zahl der ihnen gehörenden Aktien aus, und es ist allen Aktien nach Verhältnis ihres Nominalwertes das gleiche Stimmrecht eingeräumt ».

La dernière phrase pourrait se traduire comme suit: « et toutes les actions donnent droit à un vote égal, proportionnellement à leur valeur nominale ».

² Bull. stén. Conseil des Etats, session d'été 1931, p. 408.

³ Bull. stén. Conseil national, session d'été 1934, p. 128 et s. « Les actionnaires exercent leur droit de vote dans l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de l'ensemble des actions qui leur appartiennent ».

⁴ Bull. stén. Conseil national, session d'été 1934, p. 128: Proposition de la commission du Conseil national à l'art. 692, al. 3.

Voir aussi Janggen, « Die Stimmrechtsaktie im schweizerischen Recht », dans *Neue Zürcher Zeitung* 1933, N. 2301.

les actions du moindre nominal auraient été nominatives et payées intégralement. Ainsi, en fin de compte, le Conseil national avait adopté, lui aussi, un point de vue mitigé, laissant la porte ouverte à l'introduction d'un certain vote plural.

Cette divergence de vue que nous venons d'exposer ci-dessus, dans l'élaboration de la loi de revision, est due au fait que les arguments qui parlent en faveur du vote plural sont aussi forts que ceux qui nient sa justification.

Parmi ces dernières, nous pouvons citer celle qui part du principe démocratique dans la société anonyme. Il semble injuste, ou tout au moins inéquitable d'attacher les mêmes droits de vote à des actions qui impliquent une participation moins forte dans l'entreprise, qu'à d'autres actions de nominal plus élevé. De plus, le système à vote plural peut rendre illusoires les droits de contrôle et de participation à la gestion, tout en réduisant à néant la responsabilité des administrateurs.

Parmi les arguments qu'on avance en faveur du vote plural, le principal est celui de la protection des sociétés anonymes contre l'immixtion par trop forte de l'élément étranger. Bien que ce danger ne soit pas toujours très imminent, il faut tout de même permettre, le cas échéant, aux dirigeants suisses, encore qu'ils aient besoin de capitaux étrangers, de garder la haute main sur la direction de l'entreprise.

Pour notre part, nous croyons que ce dernier argument n'est pas assez puissant pour faire accepter sans autre l'idée du vote plural. En effet, bien souvent celui-ci n'est donné que pour renforcer la prédominance d'une certaine catégorie d'actionnaires-administrateurs ; puis d'autre part, si vraiment une société suisse a besoin de capital étranger, donc pas suisse, il est fort douteux que celui-ci accepte d'être investi dans une entreprise dont il n'a pas un contrôle suffisant ; donc, ou bien le vote plural est inutile, parce qu'il n'y a pas de capital étranger engagé, ou bien, s'il y en a, le vote plural devient un danger parce qu'exercé par des personnes de nationalité suisse qui sont à la solde de l'étranger et qui n'ont en vue qu'un intérêt de portée internationale, mais non point l'intérêt immédiat de l'entreprise suisse pour elle-même.

C'est d'ailleurs le point de vue qui a prévalu pour la rédaction définitive de la loi de revision de 1936. On y retrouve les

mêmes principes que ceux adoptés par le Conseil national, soit que tout droit de vote plural est prohibé, en ce sens que l'exercice du droit de vote a lieu proportionnellement à la valeur nominale des actions, mais qu'en cas de réduction de cette valeur nominale, le droit de vote s'établira sur la base de l'ancienne valeur nominale et que, d'autre part, les statuts peuvent prévoir, contrairement aux dispositions légales, l'application du principe « une action, une voix », donc du vote plural indirect¹.

III. L'exercice du droit de vote par un représentant; en cas d'usufruit; en cas d'actions remises en nantissement; actions en report.

a) L'exercice du droit de vote par un représentant.

Contrairement à ce qui se passe dans les associations, où le droit de prendre part aux assemblées et le droit de vote sont si intimement liés à la personnalité du membre qu'une représentation est impossible, sauf clause éventuellement contraire des statuts², il est partout admis que l'actionnaire peut déléguer ses droits à un tiers.

Tandis que dans l'association, la personnalité des membres est au premier plan, vu que l'association existe pour atteindre un but idéal, la société anonyme est une réunion de capitaux, chez laquelle la personnalité des membres est reléguée au second plan.

L'aliénabilité de l'action étant un droit reconnu à l'actionnaire et par conséquent l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société étant possible à chaque instant, il ressort clairement

¹ C. O. rev., art. 692 et 693.

² Tuor, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, p. 109. En parlant des associations l'auteur dit : « Die Mitgliedschaft ist eine höchst persönliche Stellung in dem Sinn zunächst, dass die aus ihr ergebenden Rechte nur dem Mitglied als solchem zustehen ».

qu'il n'y a aucune raison d'interdire la représentation. Tout ce que les statuts peuvent prévoir c'est que cette représentation ne soit donnée qu'à un actionnaire de la société¹. Le Code des Obligations précédemment en vigueur ne mentionnait pas le droit de l'actionnaire de se faire représenter. La loi de revision de 1936, par contre, l'indique expressément. Elle demande également une déclaration écrite du propriétaire de l'action nominative, en vertu de laquelle le détenteur de celle-ci a des pouvoirs de représentation à l'assemblée générale². La loi de revision a ainsi légalisé ce qui se faisait depuis longtemps dans la pratique : si l'action est au porteur, le détenteur du titre est présumé en être le propriétaire ; si l'action est nominative, il faut une procuration écrite pour pouvoir exercer le droit de vote, en qualité de représentant.

Le droit de se faire représenter à l'assemblée générale trouve du reste sa justification dans le fait que, sans la possibilité de représentation, des actions appartenant à des mineurs ou autres incapables ne pourraient pas donner droit à une collaboration à la gestion de la société, quoiqu'un certain capital y ait été engagé.

Mais c'est aussi la représentation qui permet la création d'hommes de paille à l'emploi desquels toutes les législations ont tenté de parer par les moyens les plus divers. Nous avons vu plus haut que la prescription de l'ancien droit suisse³, concernant la limitation du droit de vote d'un actionnaire à un cinquième des voix représentées à l'assemblée, n'a pas été suffisante et que, d'autre part, la portée de cette disposition avait été jugée fort différemment suivant les auteurs.

La loi de revision ne connaît plus cette restriction ; par contre, elle interdit purement et simplement le prêt d'actions, en

¹ Voir aussi Loi fédérale concernant le droit de vote dans les compagnies de chemins de fer, art. 3 ; R. O. 15, p. 291.

² C. O. rev., art. 689, al. 3. — La commission du Conseil national avait même proposé que la déclaration écrite soit requise toutes les fois que le possesseur de l'action, fût-elle nominative ou au porteur, n'en est pas propriétaire. Cette proposition avait été acceptée par le Conseil national. Voir Bull. stén. Conseil national, session d'été 1924, p. 122 et s. Le C. O. rev. n'a pas retenu cette disposition.

³ C. O., art 640, al. 2.

vue d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale, s'il tend à rendre illusoire une restriction apportée à ce droit¹.

Nous croyons que cette défense sera bien facilement outrepassée, et que la preuve qui incombe à un actionnaire, pour attaquer une décision en justice sera difficile à faire. Ainsi, en admettant que les décisions de l'assemblée générale prises avec le concours de non-actionnaires sont entachées de nullité, la loi de 1936 s'oppose à ce qui a aussi été soutenu : « Il n'est pas douteux au reste que ces hommes de paille aient le droit de voter, car ils sont des actionnaires à l'égard de la société qui n'est pas autorisée à vérifier la manière dont les détenteurs d'actions les ont acquises »².

Le Tribunal fédéral, dans un de ses arrêts, a admis qu'un gros actionnaire remette une partie de ses actions à sa femme et à son fils, afin que le nombre de voix auquel ses actions lui donnaient droit ne soit limité par aucune restriction. Nonobstant la très grande probabilité que la cession avait uniquement pour but de tourner la prescription légale du cinquième des voix, le Tribunal fédéral a admis qu'il s'agissait bien dans ce cas d'une cession de propriété et que par conséquent les décisions prises à l'assemblée générale étaient valables³.

b) Actions en usufruit et actions remises en nantissement.

Tandis que l'action remise en nantissement ne donne pas de droit autre au créancier gagiste que de réaliser le titre en cas d'inexécution du contrat de la part du débiteur et que par conséquent les droits inhérents à la qualité d'actionnaire ne lui sont pas acquis⁴, le droit d'*usufruit* répond à une notion beaucoup plus large.

L'*usufruit* confère au bénéficiaire, sauf disposition contraire, un droit de jouissance complet sur la chose⁵. Or, il faudrait

¹ C. O. rev., art. 691.

² Rossel, *Manuel du Droit civil suisse*, T. III, p. 696.

³ A. T. F. 25 II, p. 837, cons. 3.

⁴ C. C. S., art 905.

⁵ C. C. S., art. 745, al. 2.

admettre que pour avoir la jouissance complète d'une chose, il est nécessaire d'avoir aussi le droit de l'administrer ; donc le droit de vote doit être reconnu, sauf convention contraire, à l'usufruitier. C'est du reste ce que prévoit le Code civil, en précisant que l'usufruitier a la gestion de la chose et qu'il doit observer, en ce faisant, les règles d'une bonne administration¹.

Cette solution n'est cependant pas sans présenter quelques difficultés. Il est certain que les intérêts du propriétaire et ceux de l'usufruitier peuvent être extrêmement divergents selon les cas. Prenons, par exemple, la fixation du dividende. Alors que l'usufruitier verrait avec plaisir un gros dividende alimenter ses revenus et par conséquent voterait pour une répartition intégrale des bénéfices faits par la société, le propriétaire, lui, a intérêt à voir son capital sauvegardé, par le virement d'une partie des bénéfices à un compte de réserves et par des amortissements des comptes actifs qui, tout en diminuant le bénéfice à distribuer, augmenteraient la stabilité et la sécurité de l'entreprise et celles par conséquent de ses actions. Ce cas que nous exposons ici n'est pas du tout théorique, mais peut se présenter tous les jours dans les successions où l'on rencontre souvent l'institution d'usufruit².

On peut admettre que le droit de vote appartient en général à l'usufruitier, mais que, dès qu'il s'agit de questions qui dépassent le cercle des opérations courantes de gestion, ce droit appartient au nu-propriétaire de l'action³. Cependant, il s'agit ici d'une réglementation très difficile à appliquer en pratique : à l'assemblée générale, où les deux ayants droit sont présents, le droit de vote passerait de l'usufruitier au nu-propriétaire et inversement selon les questions qui sont discutées.

Il nous semble, pour notre part, que si les deux ayants droit ne peuvent pas s'entendre sur l'exercice de ces droits, une

¹ C. C. S., art. 755.

² Voir ainsi A. T. F. 50 II, p. 545. — Le T. F. n'admet pas que, selon l'art. 745 C. C. S., la jouissance complète pour l'usufruitier d'une action comprenne aussi le droit de vote : elle se limite à celui de retirer les dividendes. Cependant, en ce qui concerne l'art. 755, il conclut tout de même que le droit de gestion de la chose comprend, dans le cas d'usufruit sur des actions, le droit de vote de l'usufruitier pour la fixation du dividende ; p. 549, cons. 5. a.

³ E. Curti, *Z. G. B. mit Erläuterungen*, art. 773, N. 4.

solution fort simple serait pour eux de désigner un tiers qui les exercerait en leur nom, en tenant compte de leurs intérêts respectifs et de ceux aussi de la société elle-même. Ce tiers pourrait être aussi choisi par le juge si les parties ne sont pas d'accord. Disons pour terminer que la loi de revision de 1936 a tranché la question en faveur de l'usufruitier, lequel est cependant responsable vis-à-vis du propriétaire, s'il n'a pas pris en équitable considération les intérêts de ce dernier¹.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, le droit de vote et de participation à l'assemblée générale appartient en cas de *remise de l'action en nantissement* à son propriétaire². Il est fait cependant exception lorsque, par convention contraire, le débiteur reconnaît expressément ce droit à son créancier gagiste.

Cette convention contraire, nous la rencontrons très souvent lorsque les actions servent à garantir une dette qu'un particulier, commerçant ou autre, a contractée auprès d'une banque. Celle-ci, de même du reste lorsqu'il ne s'agit que d'un dépôt de titres, fait signer, soit au débiteur, soit cas échéant au déposant, une déclaration selon laquelle elle a le droit d'aller représenter l'actionnaire aux assemblées générales. Souvent, dans la plupart des cas même, l'actionnaire signe cette déclaration sans même y penser plus spécialement.

Toute la législation de la société anonyme est basée sur le fait que l'actionnaire prend effectivement part à la gestion et au contrôle, en proportion du capital qu'il a engagé dans l'entreprise. Pratiquement, les choses se passent souvent d'une façon bien différente. Les banquiers vont aux assemblées générales avec un gros paquet d'actions, dont ils ne sont propriétaires que pour une infime partie. Il suffit de voir dans les divers conseils d'administration, dans quelle proportion les banques y sont représentées, alors que le capital qu'elles ont engagé dans

¹ C. O. rev., art. 690, al. 2.

² Thaller et Percerou, dans leur *Traité élémentaire de droit commercial*, ont émis l'opinion que le créancier gagiste peut et a le droit d'aller à l'assemblée générale et non pas le débiteur-propriétaire; p. 444. — La jurisprudence française a également pris le contre-pied de cette opinion; c'est également la position prise par le C. O. rev., art. 689, al. 5, d'après lequel en principe le droit de vote demeure réservé au propriétaire.

l'entreprise n'est que très peu important. Par conséquent, le principe directeur dans les sociétés anonymes « tel risque, telle part à la gestion » n'est pas respecté. Un cas plus grave peut encore se présenter : la banque prête à un de ses clients, contre paiement d'un émolument, les actions d'une même société qu'elle a en dépôt chez elle, afin qu'il puisse exercer un droit de vote plus influent à l'assemblée générale.

La question de savoir si la collaboration de la banque à la gestion de l'entreprise est bonne au point de vue économique doit être posée séparément selon chaque cas. Il est probable que la présence d'un délégué d'une grande banque au sein du conseil d'administration engagera plus facilement une entreprise à contracter des emprunts par obligation ou autre, afin d'étendre le cercle des opérations de cette dernière ; ceci n'est pas toujours de bonne politique et a conduit certaines entreprises à des situations fort difficiles, lorsque le train des affaires a subi un ralentissement. Il ne faut pas perdre de vue cependant que dans d'autres cas, au contraire, la collaboration de personnes expérimentées de la banque a été très utile à certaines entreprises.

On avait proposé¹ qu'une disposition fût encore insérée dans le projet du Conseil fédéral concernant la revision des titres 24 à 33 du Code des Obligations, qui prescrirait que le mandat de représentation ne peut être donné que pour une assemblée générale à la fois. Naturellement, il aurait fallu aussi prévoir dans ce cas que tout détenteur d'actions, dont il n'est pas propriétaire, doit justifier sa qualité de représentant. Il nous semble cependant qu'une telle disposition légale aurait été inutile, car elle eût été trop facilement éludée. En effet, comment savoir si le détenteur d'actions au porteur est réellement propriétaire, ou seulement créancier gagiste ou représentant ? Il y aurait bien l'actionnaire véritable qui pourrait exercer un contrôle, mais il faudrait attendre de lui qu'il prenne un tel intérêt à la gestion de la société, que ce serait une utopie d'y compter. Si l'actionnaire ne juge pas, de lui-même, qu'il est important qu'il exerce ses droits personnellement, il est parfaitement inutile de vouloir lui aider.

¹ *Neue Zürcher Zeitung*, 1924, N. 951, « Vom Depotstimmrecht ».

c) Actions en report.

Le report est une opération qui a lieu dans les négociations à terme en bourse.

L'acheteur à terme n'a pas revendu ses titres, en raison du cours peu favorable, jusqu'à la liquidation. Il doit en conséquence en prendre livraison et les payer. N'ayant pas les fonds nécessaires et ne voulant cependant pas éprouver la perte qu'il subirait en les vendant au cours du jour de liquidation, il demande à un banquier, par exemple, de lui acheter ses titres. Ainsi, avec l'argent que lui donnera le banquier, l'acheteur dont nous parlons pourra payer ses titres. Cependant, le banquier n'entend pas rester propriétaire de ces titres et ce n'est pas là non plus l'intention du spéculateur. Celui-ci rachète immédiatement au banquier les mêmes titres à terme, mais à un prix plus fort que celui qu'il a obtenu lors de la vente. La différence constitue le prix du report.

Le spéculateur espère maintenant que le cours montera plus haut encore que le prix qu'il a dû offrir au banquier et par conséquent qu'il réalisera tout de même un bénéfice.

Ainsi nous pouvons dire que l'opération qui consiste en l'achat d'une marchandise au comptant suivi de la revente immédiate à terme s'appelle le report¹.

Pour le banquier-reporteur, cette opération constitue un excellent placement de capitaux à court terme. Il offre une très grande sécurité, car d'une part le spéculateur est débiteur pour la somme du report et, d'autre part, le banquier est en possession des titres, ce qui couvre ses risques en grande partie, à moins que le cours des titres ne tombe en-dessous du prix auquel il les a achetés et que le spéculateur ne soit insolvable.

Nous n'avons à nous occuper ici, ni du prix du report, ni des détails techniques de l'opération. Ce qui nous intéresse, c'est la position du banquier au point de vue juridique en tant que détenteur des titres qui sont, pour le cas que nous envisageons, des actions.

¹ Boninsegni, *Manuel élémentaire d'économie politique*, p. 458.

L'opération contraire qui consiste à vendre une marchandise au comptant et la racheter à terme s'appelle le déport. Cette opération ne nous intéresse pas, puisque le déporteur ayant, au lieu d'argent comme dans le report, donné des titres au spéculateur, n'est plus possesseur de ces titres et ne peut par conséquent pas prendre part à une assemblée générale.

Contrairement à ce qui a été soutenu et à ce qui semble être évident à première vue¹, le banquier reporteur n'est pas créancier gagiste, mais bien propriétaire des actions. Il a acheté les titres et peut donc en faire ce qu'il veut ; son unique obligation consiste à livrer au terme une quantité de titres égale à celle qu'il a achetée².

Comme propriétaire de l'action, il a droit d'accès à l'assemblée générale, si celle-ci a lieu pendant le temps que dure le report³. Cette situation est la même qu'en général celle des spéculateurs détenteurs et propriétaires momentanés des actions. Ils sont admis aux assemblées générales d'actionnaires, quoique pour eux les intérêts de la société ne comptent pas : tout ce qui importe, c'est le cours des actions. Il y a là des dangers pour les sociétés qu'il serait néfaste de méconnaître.

L'opération du report peut être faite, non pas seulement comme sûr placement à court terme, mais bien aussi, pendant la période où a lieu l'assemblée générale d'une société, afin d'y prendre part avec un paquet d'actions aussi important que possible. Il s'agit ici encore d'un cas où des personnes qui, sans avoir engagé des capitaux, ont tout de même un droit de vote très important à l'assemblée. On ne peut pas dire en effet que leur capital soit vraiment engagé dans l'entreprise ; du moins ne l'est-il pas pour une période suffisamment longue qui justifierait la participation du détenteur occasionnel à la gestion de l'entreprise. Il a, au moment où il a fait acquisition de ses actions, signé le contrat de leur revente à brève échéance.

¹ Gide, dans son *Cours d'économie politique*, parle, à propos de l'opération du report, d'un prêt à court terme. T. II, p. 363, N. 2.

² Grünhut, dans *Endemann's Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechtes*, T. III, p. 33 et s.

³ D. P. 1894 II, p. 598. Voir aussi Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, p. 432, N. 764 et p. 434, N. 768 et 769.

Le vendeur à terme, lui, en supposant qu'il soit en possession des titres qu'il a vendus, a aussi un droit d'accès à l'assemblée et le droit de prendre part au vote. Il est bien encore propriétaire des titres qu'il a vendus à un prix fixé ; mais quel intérêt peut-il prendre à l'avenir de la société ? Souvent même voudrait-il que la situation de la société paraisse mauvaise, afin que le cours des titres baisse et qu'il puisse acheter ses titres à un cours inférieur pour se couvrir.

Ces considérations ne changent rien au fait que dans les sociétés anonymes c'est le capital qui vote et non pas les personnes. Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'altérer ce principe, en refusant le droit de vote aux actions qui flottent sur le marché à terme¹. Quel serait le moyen de distinguer ces titres des autres, lors des assemblées générales ? Beaucoup de statuts de sociétés anonymes prévoient le dépôt des actions au siège de la société, au moins huit jours avant l'assemblée générale. Mais huit jours ne sont pas suffisants et il serait difficile de fixer une période plus longue en raison des inconvénients qui en résulteraient pour les actionnaires.

Pour les actions nominatives, ce même danger n'existe pas, puisqu'à chaque transaction le nom du nouvel acquéreur doit être inscrit au registre des actions de la société et que seule la personne y inscrite a le droit de participer à l'assemblée². Or, il va sans dire que dans la spéculation, chaque changement de détenteur du titre n'est pas mentionné au registre des actions.

Il faut remarquer même que l'acquéreur de l'action qui n'est pas inscrit dans ce registre, soit par omission de sa part, soit par suite de refus d'inscription de la part de la société, n'est pas considéré comme actionnaire à l'égard de cette dernière.

L'action nominative a été créée spécialement dans le but de connaître les actionnaires. Pour les actions nominatives non entièrement libérées, il se conçoit aisément qu'il n'est pas indifférent à la société de savoir une action entre les mains de

¹ Gaillard, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, p. 61.

² Schneider et Fick, *Das schweizerische Obligationenrecht*, T. II, art. 637, N. 10, p. 819.

telle ou telle autre personne. On suit ici les règles de la cession de dette¹, selon lesquelles celle-ci n'est valable que pour autant que le créancier accepte le nouveau débiteur.

En ce qui concerne les actions nominatives entièrement libérées, il s'agit pour la société d'un contrôle de ses membres et la loi lui reconnaît le droit de ne pas laisser participer un détenteur non inscrit à l'assemblée générale ou à la répartition du dividende.

Complétant et modifiant les dispositions du Code des Obligations non-revisé, l'Arrêté fédéral du 8 juillet 1919 prévoyait, en complément de l'article 614, que les sociétés fondées après l'entrée en vigueur de l'Arrêté et dont le capital est inférieur à un demi million de francs ne pouvaient émettre que des actions nominatives². Le Code révisé n'a cependant pas maintenu cette disposition.

Du reste, en raison des complications qu'entraînent l'achat et la vente d'actions nominatives, celles-ci ne sont émises que par des sociétés de moindre importance et ne sont pas cotées en bourse. Elles ne font par conséquent l'objet d'aucune transaction boursière. Le problème reste donc entier en ce qui concerne la participation aux assemblées générales par des personnes qui, socialement parlant, n'y auraient aucun droit.

¹ C. O., art. 176.

² R. O., 1919, p. 533.

CHAPITRE IV

Essai d'un classement des fonctions de l'assemblée générale

A. Premier caractère classificateur :

*La société est ou n'est pas encore née comme
personne morale*

La société anonyme ne prenant naissance comme personne juridique qu'au moment de l'inscription au Registre du Commerce¹, il en résulte que les fonctions de l'assemblée constitutive, ou des diverses assemblées qui la précèdent, ont un caractère différent de celles des assemblées d'actionnaires de la société anonyme une fois créée.

Cette distinction est d'autant plus fondée que l'assemblée, ou les assemblées constitutives, sont totalement différentes des assemblées générales de la société une fois créée : les participants ne sont point encore des actionnaires, mais bien des souscripteurs ; leurs délibérations sont soumises, pour un bon nombre, à des règles spéciales ; les clauses statutaires ne déploient encore aucun effet, puisque les statuts ne sont pas encore adoptés et qu'ils n'existent pas comme tels.

¹ C. O., art. 623, al. 1 ; C. O. rev., art. 643.

Nous avons déjà opéré ce classement en parlant, d'une manière toute générale, de la volonté collective dans le chapitre III, aussi nous n'y reviendrons plus. C'est tout particulièrement en distinguant les assemblées générales ordinaires des assemblées générales extraordinaires que nous nous sommes aperçus de l'insuffisance de ce classement dont les éléments devaient nécessairement s'interpoler.

Après avoir déterminé ce premier caractère classificateur : la société est ou n'est pas encore née comme personne morale, et après avoir ainsi éliminé l'assemblée générale constitutive, qui n'est pas, nous le répétons, une assemblée d'actionnaires, mais bien une assemblée de souscripteurs, nous allons essayer, dans les deux sections qui vont suivre, de classer les attributions des assemblées générales proprement dites.

B. Deuxième élément classificateur :

*Caractère habituel, normal, ou au contraire
extraordinaire, anormal des décisions de l'assemblée.*

(Attributions ordinaires et extraordinaires)

La distinction entre assemblée générale ordinaire et assemblée générale extraordinaire n'étant pas décisive quant aux attributions qui reviennent à ces deux sortes d'assemblées, nous avons jugé à propos de faire une subdivision entre les diverses attributions, en ce qu'elles ont d'ordinaire ou d'extraordinaire et d'opérer un classement nouveau dans le chapitre qui va suivre.

En effet, ainsi que cela a été remarqué déjà plus haut, à une seule exception près¹, en faisant abstraction de l'assemblée constitutive², les statuts sont libres de modifier les dispositions légales concernant une majorité ou un quorum ; ils sont libres aussi d'en fixer pour d'autres cas non prévus par la loi.

Les assemblées convoquées en plus de celles qui ont lieu régulièrement chaque année et qu'on dénomme extraordinaires n'ont pas d'autres attributions que celles qui sont accordées à une assemblée générale ordinaire. Tandis qu'au point de vue de la majorité requise ou du quorum de présences exigé, on peut faire la distinction entre assemblée générale ordinaire et assemblée générale extraordinaire, cette distinction tombe lorsqu'il s'agit des attributions, étant donné qu'elle repose sur des bases trop variables.

L'assemblée générale reste donc malgré tout, légalement, le pouvoir suprême de la société anonyme.

¹ Le cas du changement de but de la société, C. O., art. 627, al. 3, demande l'unanimité des actionnaires. C. O. rev., demande une majorité des deux tiers de l'ensemble du capital social.

² C. O., art. 619 ; C. O. rev., art. 636.

Nous avons déjà fait remarquer, et nous y reviendrons en conclusion, à quel degré minime ce pouvoir est pratiquement exercé par elle.

1. Les attributions ordinaires.

De par la loi¹, elle a, en tant qu'il s'agit de l'assemblée générale ordinaire, au sens que nous lui avons attribué plus haut², les attributions ordinaires suivantes :

a) le droit de nommer et de révoquer les administrateurs, les contrôleurs et les mandataires sociaux³ ;

b) le droit de donner décharge à l'administration ;

c) le droit d'approuver le bilan, ainsi que le compte de pertes et profits et de fixer le dividende ;

d) le droit de constituer des réserves, même en dehors des prélèvements prévus par les statuts, si la consolidation de l'entreprise l'exige⁴.

En plus de ces attributions légales, dont au moins la deuxième et la troisième sont exercées chaque année, l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire porte toujours les tractanda suivants :

1. Le rapport du conseil d'administration,

2. Le rapport des commissaires-vérificateurs, sans lequel l'assemblée générale ne peut pas valablement voter l'approbation du bilan et du compte de pertes et profits⁵.

Nous nous préoccupons en conclusion, à la fin de ce travail, de la rapidité avec laquelle la partie officielle, comportant cependant un programme très chargé, se déroule dans la plupart des cas et nous ferons des investigations relatives aux diverses causes qui sont à la base de ces constatations.

¹ C. O., art. 644, al. 3 ; C. O. rev., art. 698, al. 2.

² Voir p. 58, en opposition avec l'assemblée générale extraordinaire.

³ C. O., art. 647 et C. O. rev., art. 705 ; C. O., art. 661 et C. O. rev., art. 731, al. 2.

⁴ C. O., art. 631, al. 2 et C. O. rev., art. 774, al. 2.

⁵ C. O., art. 644, al. 2 et C. O. rev., art. 729, al. 2.

II. Les attributions extraordinaires.

Voyons maintenant quelles sont les prémisses pour l'attribution la plus importante de l'assemblée générale, celle qui en fait réellement le pouvoir suprême de la société anonyme : le droit de modifier les statuts sociaux.

La faculté de l'assemblée générale de décider des modifications aux statuts n'a pas été reconnue dès les débuts de la société anonyme, même dans les débuts de son organisation actuelle. Ceci cependant n'est vrai qu'en ce qui concerne la doctrine : il a été admis que la société anonyme, comme toute autre société, était un contrat et que par conséquent, les diverses clauses qui le composent ne pouvaient être modifiées que moyennant l'accord de tous les contractants.

La jurisprudence, par contre, s'est vite rendu compte de l'impossibilité d'application pratique d'une telle théorie. Sans même aller aussi loin qu'une modification aux statuts, on aurait pu admettre que n'importe quelle décision ne pourrait être prise qu'à l'unanimité absolue de tous les actionnaires réunis en assemblée universelle¹. Mais outre la quasi impossibilité de pouvoir réunir régulièrement la totalité des actionnaires sans exception aucune, il faut tenir compte de la chance extraordinairement faible qu'il y a d'obtenir sur un point l'adhésion de tous les membres.

Il est vrai que l'on peut objecter que les statuts pourraient prévoir expressément les conditions requises pour qu'un changement à ceux-ci soit admissible. Dans ce cas évidemment, l'intégrité contractuelle ne serait pas rompue et les modifications pourraient être apportées aux statuts. Cependant, il est probable que ceci n'était pas le cas bien souvent, sinon la théorie ne se serait pas occupée aussi intensément qu'elle ne l'a fait de la question des modifications aux statuts. D'ailleurs, ce serait impossible, car même en présence des statuts les plus détaillés, des conditions nouvelles se présenteraient par la suite. D'autre part, il semblerait

¹ En allemand : « Universalversammlung ».

qu'il eût été plus logique de prévoir directement dans la loi les modalités de changement aux statuts, ceci afin de ne pas laisser à ces derniers le soin de régler cette question si importante. Dans une société, la majorité, avec des modalités quelconques, a le droit d'apporter des changements aux statuts, tandis que dans une autre, la même majorité ne le peut pas. Une fois le principe de la mutabilité des statuts admis, il aurait fallu qu'il le soit pour toutes les sociétés, sans qu'il fût nécessaire de s'en référer aux statuts de chaque société pour chaque cas différent.

Or ceci n'a pas été fait, du moins pas dès le commencement. La jurisprudence alors, devant l'impossibilité matérielle de sauvegarder le principe contractuel, a recouru à une fiction que l'on trouve déjà exprimée dans l'œuvre de Rousseau¹. Alors que celui-ci admet que le citoyen, pourtant libre, doit se soumettre aux décisions de la majorité du peuple, parce que cette décision n'aura que prouvé que lui, dans son raisonnement, avait eu tort s'il n'avait pas voté comme l'avait fait la majorité, la jurisprudence a simplement admis que l'actionnaire en entrant dans la société est censé avoir voulu tout ce que décidera la majorité, aussi bien en ce qui concerne les simples décisions que les modifications au pacte social.

Grâce à cette conception, la majorité pouvait apporter toutes les modifications qu'elle désirait aux statuts. C'est cependant à ce moment que la loi intervint.

Elle posa des principes selon lesquels certaines parties des statuts ne pouvaient être modifiées qu'avec une majorité bien déterminée et avec un quorum de présence donné. Parfois, certaines modifications étaient même interdites par la loi², ou bien d'autres ne pouvaient être apportées qu'avec l'assentiment de la totalité des actionnaires³.

¹ Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. II : « Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui... Quand donc, l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que m'étois trompé et que ce que j'estimois être la volonté générale ne l'étoit pas ».

² Interdiction de changer la nationalité de la société.

³ En Suisse, par ex., le changement du but de la société ne peut être décidé qu'avec l'assentiment de tous les actionnaires. C. O., art. 627, al. 3. — Nous avons vu plus haut que le C. O. rev. a élargi cette conception et l'a rendue plus souple en suivant les directives de la jurisprudence. Voir p. 60.

En même temps, la théorie avait évolué. Alors que tout d'abord, on n'avait vu dans la société anonyme qu'un ensemble d'individus, liés entre eux par contrat, qui recherchaient par ce moyen la possibilité de réaliser des bénéfices avec leurs capitaux réunis, lesquels, pris isolément eussent été insuffisants pour atteindre le but fixé, on vit dans la société anonyme un être, un organisme indépendant, dont les intérêts devaient être superposés aux intérêts individuels des actionnaires. Tout ce qui est décidé en faveur du développement et pour le bien de la société est licite, si cela ne porte pas atteinte aux principes généraux du droit. La société a une vie propre, une volonté qui lui est propre. Ce ne sont pas les sociétaires qui agissent, mais c'est la société, prise pour elle-même, qui agit¹. La théorie de la réalité de la personnalité morale se trouve en quelque sorte concrétisée dans ces affirmations.

Les statuts ne sont plus le contrat qui lie les sociétaires entre eux²; c'est bien plutôt un acte, presque unilatéral, qui se rapproche de la fondation. Pas plus que l'on admet généralement aujourd'hui encore l'existence d'un contrat social entre les membres d'une même collectivité, répartie sur un territoire délimité, l'idée de contrat entre les actionnaires ne peut se défendre, dans son acception totale: on a quelque peine, par exemple, à se rendre compte du contrat que passeraient avec les autres actionnaires d'une même société les multiples acheteurs quotidiens d'actions en bourse.

Non, il est vraiment plus aisé de concevoir que la société a été créée par un acte de un ou plusieurs individus. Ceux-ci ont fixé divers points concernant la formation de la société: son but, les moyens dont elle dispose, la composition de ses organes, leurs compétences, etc. Tout individu qui s'y joint déclare par là même connaître et accepter les dispositions par lesquelles la société existe. Il n'y a plus de contrat entre les individus, mais leur rattachement à une institution. La société existe pour et par elle-même et suivant ce principe les décisions prises seront licites ou illicites, tout d'abord, naturellement, suivant qu'elles contreviennent ou non à des clauses légales d'ordre général et particulier

¹ Möhring, *Die Generalversammlung der A. G. und die Opposition*, p. 26.

² Molle, *Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Commanditgesellschaften auf Aktien*, p. 56. Der Gesellschaftsvertrag ist kein Vertrag.

ou aux bonnes mœurs, mais aussi plus spécialement si elles sont prises dans l'intérêt de la société ou non.

Nous ne voulons pas, par cet exposé, nous rattacher à la théorie de la réalité de la personnalité morale. Le problème est bien autrement complexe. D'ailleurs, il nous semble, pour notre part, que les théories ne sont que des moyens pour expliquer la réalité des faits et cette phrase que nous citons ci-après exprime, mieux que nous ne saurions le faire nous-mêmes, notre pensée : « Du reste, bonne ou mauvaise, une théorie n'est jamais qu'une affaire de commodité intellectuelle pour l'explication d'un phénomène. Le juriste tient à sa théorie aussi longtemps qu'il n'en trouve pas une autre, plus commode pour son esprit, dans la représentation qu'il se fait des rapports de droit »¹.

Il est intéressant de noter que le droit italien, se basant sur la théorie contractuelle, a admis, dans certains cas bien déterminés, le droit de retraite pour l'actionnaire². Cette idée est née plus particulièrement de la règle en droit italien que les actionnaires peuvent être appelés à verser un montant supérieur à celui qu'ils avaient primitivement engagé dans l'entreprise.

Lorsque l'assemblée, 1^o en décidant la fusion de la société avec une autre, transforme son individualité juridique ; 2^o en prescrivant un changement de l'objet social, en transforme le but ; 3^o en acceptant la proposition d'une réintégration ou d'une augmentation du capital social, dispose ce que les associés n'ont pas conféré dans la société et sur quoi, par conséquent, les pouvoirs de l'assemblée ne peuvent s'étendre ; 4^o décide de proroger la durée de la société au delà du terme pour lequel les associés se sont liés dans l'acte constitutif et que, dans ce même acte, la faculté d'une pareille prorogation n'a pas été réservée ; dans tous ces cas, il paraît de justice absolue que le droit de se retirer de la société et d'obtenir le remboursement de leurs parts, en proportion toutefois de l'actif social existant, soit réservé aux dissidents³.

¹ Rambert, *Les sociétés de participations et la société anonyme*, p. 91.

² *Codice di Commercio Italiano*, art. 158, al. 3.

Il est noter que ce droit a été fortement restreint par de récents décrets-lois.

³ Voir Bing, *La société anonyme en droit italien*, p. 260 : Mancini, *Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia od Esposizione dei motivi del progetto del Codice di Commercio pel Regno d'Italia*. Roma 1878.

Sans parler plus spécialement de la faculté de l'assemblée générale de modifier les statuts, mais en ayant bien en vue les décisions qui peuvent être prises par celle-ci, en dehors du cadre ordinaire dont nous avons parlé plus haut, nous pouvons dire qu'elles sont licites, premièrement lorsque les données de la loi et les règles générales de droit sont respectées et, ensuite, lorsqu'elles sont motivées par les besoins de l'entreprise.

Nous laissons de côté les multiples vices de forme qui peuvent entacher de nullité les décisions de l'assemblée générale, ou du moins qui permettent que leur validité soit attaquée en justice.

Ainsi les décisions peuvent être nettement défavorables à la minorité; elles ne pourront pas être attaquées, si elles sont prises dans les limites légales et statutaires, si, d'autre part, et ceci est compris dans les limites légales, elles ne s'opposent pas à des principes d'équité, au principe de l'égalité de traitement¹ de chaque actionnaire à l'intérieur de sa classe². Cependant lorsque des décisions sont prises qui, sans être absolument nécessaires à la prospérité de l'entreprise, nuisent d'une manière flagrante aux intérêts d'une minorité, celles-ci ne sont pas considérées comme opportunes et peuvent faire l'objet d'une action en justice³.

L'on voit donc que c'est à la majorité qu'incombe en premier lieu la tâche de juger ce qui est de l'intérêt de l'entreprise et, si elle le fait de bonne foi, sa décision ne pourra pas être attaquée⁴. Dans le cas contraire, sa décision pourra être annulée par le juge, selon le principe *Fraus omnia corrumpit*.

Nous avons parlé à plusieurs reprises déjà du droit des actionnaires d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale.

¹ En allemand « Gleichbehandlung ». — « D'une manière absolument générale, on peut dire qu'une assemblée générale d'actionnaires ne peut prendre de résolutions autres que celles qui sont susceptibles d'être opposées à la masse collective des actionnaires. » Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, T. III, p. 557.

² E. R. G. 68, p. 245 : « Die in Angelegenheiten der Gesellschaften gefassten Beschlüsse der Mehrheit sind auch dann für die Minderheit massgebend, wenn sie dieser als verkehrt, wirtschaftlich nachteilig und die Bestrebungen der Minderheit schädigend erscheinen... Mit dieser Tatsache muss sich jeder abfinden der Aktien erwirbt ».

³ E. R. G. 112, p. 14 et 19.

⁴ Hueck, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft*, p. 118.

Or, l'ancien Code des Obligations ne contenait aucune disposition relative à ce droit. Cependant le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence, l'a reconnu d'une manière non équivoque¹ et la loi de revision de 1936 l'a adopté² et a établi que tout actionnaire, de même que les administrateurs, peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale, dans un délai de deux mois, à compter de la dite assemblée³. Le rapporteur de la commission au Conseil des Etats avait même qualifié le droit de l'actionnaire à attaquer les décisions de l'assemblée générale comme l'un des rares qui lui restât encore et qu'il ne fallait par conséquent pas diminuer dans son importance.

¹ A. T. F. 20, p. 950, cons. 6 : « Dass es im O. R. keine Bestimmung gibt für die Ausübung des Anfechtungsrechtes des Einzelaktionärs ist unwesentlich, denn wenn einmal dieses Recht (auf Beachtung der Statuten, etc. Réd.) besteht, versteht sich von selbst, dass dasselbe des staatlichen Schutzes teilhaftig ist ».

² C. O. rev., art. 706.

³ Le Conseil des Etats et le Conseil national ont ramené le délai pour intenter l'action à deux mois. D'autre part des sûretés ne seront pas demandées à l'actionnaire qui intente l'action ainsi que le prévoyait le P. 1928. Bull. stén. Conseil national, session d'été 1934, p. 139 ; Conseil des Etats, session d'été 1931, p. 412.

C. Troisième caractère classificateur :

*La nature des décisions sociales
au cours de l'existence normale de la société ;
l'assemblée générale comme organe d'administration,
de contrôle et comme organe
constituant le pouvoir suprême de la société.*

I. Organe d'administration.

L'assemblée générale est certainement organe d'administration, ayant, elle seule, le droit de nommer et de révoquer les administrateurs. C'est elle aussi qui, en donnant décharge au conseil d'administration pour l'exercice écoulé, prend en quelque sorte, à la charge de la société elle-même, les effets des actes passés par celui-ci.

L'on pourrait nous objecter que, dans ce cas, quiconque conférant à autrui le pouvoir d'administrer est administrateur lui-même ; tous les associés d'une société simple ou en nom collectif seraient par conséquent administrateurs eux-mêmes, puisqu'ils ont conféré le pouvoir d'administration à l'un ou plusieurs d'entre eux. Or, n'oppose-t-on pas les associés-administrateurs aux autres ?

A ceci, nous pouvons répondre que les associés remplissent une fonction d'administration lorsqu'ils désignent ou révoquent un ou plusieurs de leurs co-associés comme administrateurs. Pas plus que l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, ils ne sont organe d'administration permanent. Cette fonction ne leur est dévolue que par intermittence.

Cet aspect du rôle de l'assemblée générale découle du fait déjà qu'elle constitue le pouvoir suprême de la société, qu'elle est compétente pour restreindre ou étendre les attributions de l'administration, ceci bien entendu, dans les limites de la loi.

Comme elle peut décider des modifications aux statuts, elle n'est pas soumise irrévocablement aux dispositions de ceux-ci et peut ainsi régler, presque à son gré, le jeu des attributions administratives. Nous avons vu plus haut, en parlant de la délimitation des compétences, que les décisions de l'assemblée générale constituent un des facteurs déterminants des pouvoirs de l'administration, encore que la loi de 1936 accorde un pouvoir prédominant au conseil d'administration.

a) Droit de nommer et de révoquer les administrateurs, les contrôleurs et les mandataires spéciaux.

Cette fonction de l'assemblée générale ne se répète pas nécessairement chaque année, car les membres du conseil d'administration, les contrôleurs et les mandataires peuvent être élus pour plusieurs années consécutives; d'autre part, il est évident que la révocation ne constitue pas un acte se répétant à intervalle régulier.

Ce droit incombe naturellement au pouvoir suprême de la société. Il découle de ce droit exclusif que, en cas de décès ou de démission de l'un d'eux, les membres du conseil d'administration ne peuvent élire de leur propre chef un remplaçant; le cas est excepté où l'assemblée générale a désigné un ou plusieurs suppléants; encore qu'il ne s'agit point ici d'une exception, puisque même les suppléants ont été élus par l'assemblée générale.

Mais tandis que les deux premiers organes, l'administration et le contrôle, ne peuvent être élus que par l'assemblée générale, et l'administration que parmi les actionnaires¹, les statuts peuvent prévoir que les administrateurs élisent les mandataires, comme par exemple le directeur de l'entreprise. Ceux-ci peuvent être actionnaires ou ne pas l'être, suivant les dispositions statu-

¹ C. O., art. 649, al. 1; C. O. rev., art. 707, al. 1.

taires ; les mandataires ainsi nommés par l'administration peuvent être en tout temps révoqués par elle aussi¹.

Remarquons à ce sujet, ainsi que nous l'avions déjà noté plus haut², que la loi de revision du Code des Obligations donne un pouvoir de plus en plus étendu à l'administration, en ce sens que c'est à elle qu'est conféré en première ligne le droit de nommer les mandataires ; ce n'est qu'en vertu d'une clause statutaire que l'assemblée générale en aurait le droit³.

Alors que d'autres législations prévoient le nombre ou la proportion d'actions que les membres du conseil d'administration doivent déposer, ceci n'était pas le cas dans le Code des Obligations précédemment en vigueur, et ne l'est pas non plus dans la loi de revision de 1936⁴. Ainsi l'administrateur pourra fort bien, si les statuts n'en disposent autrement — et il est certain que très peu de statuts de sociétés anonymes le faisaient jusqu'à présent — ne déposer qu'une seule action. En effet, le dépôt d'actions, en Suisse, n'a d'autre but que d'obliger l'administrateur à prouver sa qualité d'actionnaire⁵.

Cette manière d'envisager la chose se justifie du reste par le fait que le nombre d'actions à déposer ne saurait être le même dans une société anonyme dont le capital est composé de 10 actions que dans celle dont le capital est divisé en cent mille actions.

Une autre manière de faire eût été d'exiger une certaine proportion du capital à remettre en garantie par chaque administrateur, ainsi que le fait le Code de Commerce italien⁶.

A notre avis, il y aurait fallu prévoir dans la loi de 1936, concernant la revision des titres 24 à 33 du Code fédéral des Obligations, que les administrateurs doivent déposer en garantie une certaine proportion du capital social ; on aurait ainsi rendu beaucoup plus difficile la spéculation avec des actions de la société

¹ C. O., art. 650 ; C. O. rev., art. 726.

² Voir pages 34 et 42.

³ C. O. rev., art. 721, al. 3.

⁴ C. O., art. 658 ; C. O. rev., art. 709.

⁵ A. T. F. 24 II, p. 362, cons. 3.

⁶ *Codice di Commercio Italiano*, art. 123. D'après le droit italien, ce dépôt peut être constitué éventuellement par des actions autres que celles de la société elle-même.

de la part des administrateurs. Comme la loi prévoit expressément que le dépôt peut être constitué par des actions appartenant à des tiers, si l'administration y consent¹, cette disposition légale, d'ordre impératif, n'eût pas empêché un petit actionnaire, dont la personnalité méritait cette confiance, d'être élu au sein du conseil d'administration.

En ce qui concerne la révocation d'un administrateur ou d'un mandataire par l'assemblée générale, il eût été normal d'admettre que cette partie des discussions ne doive pas nécessairement figurer à l'ordre du jour qui est publié auparavant. D'une part, il y aura certainement quelque difficulté à faire mention de la chose, en raison même de la publicité de l'ordre du jour ; d'autre part, l'obligation de maintenir un administrateur dans sa fonction, du moment où l'assemblée générale a pris connaissance des agissements du ou des administrateurs, jusqu'à convocation d'une nouvelle assemblée extraordinaire constitue un certain danger pour la société² ; ceci surtout s'il s'agit de la révocation du conseil d'administration dans sa totalité.

Telle n'est pas la conception du Code des Obligations, ni celle de la loi de revision de 1936. En effet, en droit suisse, il faut que cette révocation figure à l'ordre du jour de l'assemblée³.

Il est certain qu'une révocation prononcée sans avis préalable à l'ordre du jour de l'assemblée générale pourrait facilement être le résultat d'un mouvement d'humeur ou d'un petit complot fomenté dans un groupe d'actionnaires ; le résultat serait d'autant plus aisé à atteindre qu'une minorité d'actionnaires seulement prend part à l'assemblée générale ordinaire.

Mais les difficultés dont nous avons fait mention plus haut subsistent tout de même. D'ailleurs, une révocation non motivée faite directement à l'assemblée générale entraînerait des conséquences fâcheuses pour la société, au point de vue dommages et intérêts que le ou les administrateurs seraient en droit de récla-

¹ C. O. rev., art. 709, al. 2.

² Vivante, *Traité de Droit commercial*, T. II, p. 313.

³ C. O., art. 647. « ... à charge par elle de se conformer aux prescriptions de l'art. 646 ». — C. O. rev., art. 705. — Message C. F., p. 50 : « Il va sans dire que la révocation ne peut être prononcée valablement que si elle était prévue dans la convocation ».

mer¹ et, par conséquent, elle ne sera proposée qu'après mûre réflexion. Il nous semble donc qu'une révocation eût très bien pu être décidée, encore que la question n'ait pas été portée à l'ordre du jour, et que les exigences du droit suisse en la matière ne sont pas justifiées.

b) Décharge au conseil d'administration.

Dans les assemblées générales, la décharge ne se donne qu'une fois que le bilan et le compte de pertes et profits ont été acceptés. Cependant, pour obtenir une subdivision plus claire et conforme à notre plan de classification, nous traiterons ici tout ce qui concerne le conseil d'administration, reportant à plus loin les questions d'ordre comptable, lorsque nous parlerons du contrôle.

En règle générale, cette décharge est donnée pour l'exercice écoulé ; mais elle peut s'étendre aussi à une période plus longue, puisque nulle part dans le Code des Obligations, pas plus que dans la loi de revision de 1936, il n'est fait mention que celle-ci doit être donnée régulièrement chaque année. Cependant, il est à prévoir que le conseil d'administration inscrira soigneusement à chaque ordre du jour le vote concernant la décharge à lui donner. En aucun cas celle-ci ne pourra être accordée pour un exercice à venir, car une telle décision serait contraire à la logique et aux bonnes mœurs.

Nous avons déjà examiné plus haut, en traitant des restrictions au droit de vote dans les assemblées générales, si la décharge doit être donnée au conseil d'administration dans sa totalité, ou si, au contraire, il convient de donner décharge à chacun de ses membres individuellement. Nous sommes arrivés à la conclusion que, s'il s'agit de cas où tous les administrateurs sont responsables collectivement, il serait normal de la donner à tous par un seul et même vote, que si, par contre, un administrateur a pour lui seul la charge d'accomplir une tâche déterminée, il serait équitable et logique de voter pour lui séparément.

¹ Voir les mêmes articles C. O., art. 647 et C. O. rev., art 709, al. 2.

Cette méthode a cependant contre elle l'inconvénient notoire qu'elle n'est pas facile à suivre en ce sens qu'on ne saurait distinguer assez clairement de quel cas il s'agit en l'occurrence ; aussi la loi a-t-elle préféré ne pas statuer exactement sur ce point. Il faut du reste noter que le Code des Obligations précédemment en vigueur ne mentionnait qu'en passant cette fonction de l'assemblée générale, tandis que la loi de revision de 1936 l'indique expressément parmi les pouvoirs de l'assemblée générale¹.

Il est évident que la décharge n'est accordée que sur la base des pièces produites ou des déclarations faites. S'il est établi plus tard que l'une ou l'autre de celles-ci était fausse ou simplement incomplète, la décharge accordée ne serait pas valable².

Tout comme chaque actionnaire a le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale³, le conseil d'administration peut, lui aussi, les attaquer. Il en résulte que le conseil d'administration en général, ou un administrateur en particulier, peut attaquer la décision par laquelle l'assemblée générale lui a refusé la décharge, s'il se sent lésé dans son droit de l'obtenir⁴.

II. Organe de contrôle.

L'assemblée générale a, de par la loi, le droit et la tâche d'approuver le bilan, le compte de pertes et profits et de fixer le dividende. Par cela même, elle est organe de contrôle. L'approbation du bilan est une attribution à laquelle l'assemblée générale ne peut pas renoncer⁵. Non seulement les actionnaires ont le droit de prendre connaissance du bilan et du compte de pertes et

¹ C. O., art. 655, al. 2 ; voir par contre C. O. rev., art. 698, ch. 4.

² A. T. F. 14, p. 704, cons. 12.

³ C. O. rev., art. 706.

⁴ Voir à ce propos : Möhring, *Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft und die Opposition*, p. 61.

⁵ Message C. F., p. 36.

profits de la société, déposés, selon les prescriptions légales, au siège de la société¹, mais d'après la loi de 1936, ils ont de plus la faculté de se faire délivrer, aux frais de la société, une copie de ces deux comptes².

En statuant sur le bilan et le compte de pertes et profits, l'assemblée générale n'approuve pas seulement ces deux en particulier, mais en fait tous les comptes de la société. En effet, le bilan étant le tableau synoptique, montrant, à un moment donné (fin de l'exercice), l'état des divers comptes par leurs soldes, et le compte de pertes et profits étant le tableau synoptique de toutes les pertes et de tous les profits qui se sont manifestés dans les divers comptes durant l'exercice en question, nous voyons donc que soit le bilan, soit le compte de pertes et profits sont des résultantes de tous les comptes, le premier comprenant encore le résultat net du second.

Il découle donc de cette constatation que les actionnaires devraient avoir en principe le droit de vérifier tous les comptes, afin de pouvoir statuer sur le bilan et le compte de pertes et profits. C'est ce droit de principe qui était accordé par l'art. 639 du Code des Obligations et maintenant par l'art. 689 de la loi de revision de 1936³.

Cependant, comme l'exercice illimité de ce droit pourrait porter un préjudice grave à la société, parce que la gestion des affaires privées de la société ne pourrait plus être cachée devant quiconque prouvant sa qualité d'actionnaire, on l'a restreint, en ce sens qu'il faut à un actionnaire une autorisation expresse de prendre connaissance des livres. Pour briser un refus de l'administration ou de l'assemblée générale, il faudrait une décision du juge⁴.

Mais il y a une question primordiale qui doit être observée: le secret des affaires ne doit pas être compromis; de sorte que même si l'assemblée générale décidait de permettre à un action-

¹ Voir p. 35.

² C. O. rev., art. 696. — Cette faculté se rencontrait déjà très souvent auparavant dans la pratique, où l'on distribue à chaque actionnaire présent à l'assemblée générale une copie de ces deux pièces.

³ Voir A. T. F. 54 II, p. 24, cons. 3.

⁴ C. O., art. 641, al. 4 et C. O. rev., art. 697, al. 2.

naire de consulter les livres de la société, l'administration pourrait encore attaquer cette décision devant les tribunaux en alléguant que le secret des affaires serait compromis.

C'est derrière cette restriction que se retranchent la plupart des conseils d'administration, lorsqu'un actionnaire demande à voir les livres. Même si la loi décrète que ce droit de l'actionnaire ne peut être restreint, ni par les statuts, ni par une décision de l'assemblée générale, il est néanmoins évident qu'il est des plus incertains dans son exécution pratique.

Tout l'intérêt que l'actionnaire porte au bilan et au compte de pertes et profits n'a d'autres motifs que la distribution du dividende.

D'un côté, s'il n'est actionnaire que d'une manière occasionnelle et pour des raisons spéculatives, il voudra obtenir un maximum de rendement de ses actions qui de ce fait subiront une hausse de valeur à la bourse. Sans même aller chercher des raisons d'ordre spéculatif, la plupart des actionnaires essayent d'obtenir le dividende maximum, du moins celui qui est compatible avec la marche normale de l'entreprise.

D'un autre côté, il y a l'actionnaire qui cherche à conserver à l'entreprise sa sécurité intérieure, afin qu'elle puisse mieux résister aux assauts en temps de crise. Cette mentalité ne se rencontre guère que dans les entreprises familiales qui ont été érigées ou transformées en sociétés anonymes. Elle devrait être, dans une certaine mesure, celle des conseils d'administration, dont le rôle est de régler la bonne marche des affaires et la continuité de l'entreprise.

En effet, qu'est-ce que le bénéfice distribué, sinon une partie des biens de l'entreprise qui sont réalisés et remis aux actionnaires en proportion de leurs apports et en fonction de leurs droits. Nous croyons ne pas nous tromper en affirmant que la crise que nous traversons actuellement serait mieux supportée, tant par les entreprises personnelles que par les entreprises collectives gérées en la forme de sociétés anonymes ou coopératives, si l'on avait mieux su constituer ses réserves, se rendre compte que la plus-value de certaines valeurs qui permettait le prélèvement d'un bénéfice plus élevé n'était que passagère, fictive, et qu'un contre-coup pouvait survenir à tout moment.

Mais le bénéfice, de quoi dépend-il? Tout d'abord d'un accroissement de l'actif, sans augmentation correspondante du passif. Cependant la détermination de ce bénéfice a, dans une certaine mesure du moins, quelque chose d'arbitraire. En effet, exception faite de quelques comptes tels que « Caisse » et peut-être encore « Avoirs en banque », l'actif du bilan ne représente pas vraiment les soldes des divers postes, mais bien l'évaluation en numéraires des quantités restantes de biens classés dans les divers comptes. Or, en faisant intervenir le facteur « valeur », on a inmanquablement une appréciation subjective qui entre en jeu.

D'autre part, au passif, qui lui est nettement établi en ce qui concerne les dettes de l'entreprise et son capital, un fonds de réserve peut être constitué ou alimenté au lieu de laisser la totalité du solde de pertes et profits comme somme à distribuer.

Ainsi que nous le voyons donc, le bénéfice net à distribuer dépend en première ligne du bénéfice brut de l'exercice, celui-ci dépendant déjà en grande partie de l'évaluation, et, en seconde ligne, des diminutions de ce bénéfice brut, résultant des amortissements aux comptes actifs et des réserves constituées.

Lorsqu'on parle d'amortissements à un compte passif, par exemple amortissement de la dette obligataire, le terme d'amortissement n'est pas bien employé, du point de vue comptable. Car à la diminution de la dette correspond également la diminution d'un ou de plusieurs comptes actifs: la fortune nette de l'entreprise n'a pas changé.

L'administration de la société, d'une part, évalue les soldes actifs et, de l'autre, prévoit les amortissements à faire et les réserves ouvertes à constituer.

En ce qui concerne l'évaluation des postes actifs, le droit suisse, aussi bien le Code des Obligations que la loi de revision de 1936, sans aller tout à fait aussi loin que le Code de Commerce allemand¹, indique la valeur extrême à laquelle peuvent être portés au bilan divers postes de l'actif, pose une règle de droit impératif à ce que tous les frais soient intégralement inscrits comme dépenses de l'année au compte de pertes et profits, tout en prévoyant à titre exceptionnel que les frais de premier établissement,

¹ H. G. B., § 260.

constituant un compte de valeur immatérielle, peuvent être répartis sur une période de cinq ans au plus¹. En outre, il spécifie que la dette obligataire de la société doit être portée au passif pour la valeur totale à laquelle son remboursement sera exigé.

Mais le droit ne dit rien au sujet des évaluations minimales des diverses valeurs ; même, la loi de revision de 1936² autorise expressément l'administration à constituer des réserves latentes par une sous-estimation des valeurs actives, si la prospérité durable de l'entreprise l'exige ou si l'on peut atteindre par ce moyen une répartition de dividendes aussi constante que possible.

En ce qui concerne la constitution, au passif, d'un fonds de réserve, au lieu de distribution de tout le bénéfice de l'exercice aux actionnaires, le Code des Obligations précédemment en vigueur ne posait aucune règle de droit impératif.

On avait bien voulu voir dans l'alinéa 1 de l'article 631 : « Le dividende n'est fixé qu'après déduction des prélèvements statutaires en faveur du fonds de réserve », l'indication qu'un fonds de réserve était absolument exigé par la loi et que sa composition seulement était réglée par les statuts³. Or, il n'en était rien. Si telle avait été l'intention du législateur, on aurait nécessairement retrouvé dans un autre article de la loi un texte se rapportant à la composition du fonds de réserve. D'autre part, il serait inconcevable que le législateur eût simplement demandé la création d'un fonds de réserve sans se préoccuper de son importance relativement à la grandeur de l'entreprise, de son capital social.

La loi de revision de 1936, par contre, a inséré un nouvel article relatif à la réserve légale qui prévoit que, de par la loi, un vingtième du bénéfice net est prélevé chaque année à cet effet⁴. Ces prélèvements sont opérés jusqu'à ce que le fonds de réserve atteigne un cinquième du capital social déjà versé.

Naturellement, outre le fonds de réserve ordinaire, les statuts peuvent prévoir un nombre considérable de réserves diverses, suivant le genre d'entreprise pour lequel la société a été constituée.

¹ C. O., art. 656 ; C. O. rev., art. 664-670.

² C. O. rev., art. 663.

³ Welti, *Der Reservefonds der A. G. im schweiz. Recht*, dans « Holdheims Monatschrift für Aktienrecht und Bankwesen », T. I. (1892), p. 278 et s.

⁴ C. O. rev., art. 671, al. 1.

Une énumération ici serait inutile et du reste ne saurait être complète. Qu'il nous suffise de citer en exemples le fonds de réserve pour assurer un dividende régulier, le fonds de réserve spécial qui sera alimenté lorsque le premier fonds statutaire aura atteint le plafond fixé, le fonds d'amortissement pour le remboursement des actions qui seront échangées contre des actions de jouissance, afin que les titulaires ne perdent pas leur qualité d'actionnaires.

La loi de revision de 1936 mentionne encore expressément la faculté qu'ont les statuts de prévoir la constitution d'un fonds destiné à créer et à soutenir des œuvres de bienfaisance en faveur d'ouvriers¹. On n'a pas voulu que les fondations de ce genre soient contrôlées par l'autorité de droit public, de sorte que les biens du fonds peuvent consister simplement en une créance contre la société, créance qui, en cas de faillite de celle-ci, sera privilégiée en deuxième classe². De cette façon également le capital de ce fonds pourra travailler pour la société. Il faut noter que la constitution de ces fonds pourra être encore encouragée par des avantages fiscaux.

D'autre part, lors de la discussion du projet au Conseil national, il y eut une proposition relative à l'adjonction d'un alinéa à l'article traitant du fonds de réserve légal³, pour la création d'une réserve légale spéciale destinée à être mise à contribution en cas de fléchissement du degré d'occupation dans l'entreprise, ceci afin d'éviter le renvoi de personnel⁴. Cette innovation n'a cependant pas été retenue dans le texte légal définitif.

D'un autre côté, suivant la loi fédérale sur la comptabilité des chemins de fer du 27 mars 1896⁵, ces entreprises de transports sont dans l'obligation de constituer un fonds de renouvellement. Les diverses valeurs actives, sous lesquelles sont portés au bilan le matériel roulant, la superstructure, etc., ne peuvent pas être amorties, puisque si elles l'étaient, cela signifierait que les installations ont subi une moins-value et qu'ainsi la sécurité

¹ C. O. rev., art. 673.

² L. P., art. 219.

³ C. O. rev., art. 671.

⁴ Bull. stén. Conseil national, session d'été 1934, p. 106.

⁵ Art. 10-14.

des transports ne serait plus parfaitement assurée dans la mesure du possible. En conséquence les installations devront constamment être renouvelées, remises en état. Dans ce but, il a été prévu, de par la loi, un compte de réserve qui représente une partie des bénéfices non distribués et qui servira précisément au renouvellement.

Les réserves mathématiques des compagnies d'assurances (réserves de primes pour risques en cours) ne sont pas du tout des fonds de réserve dans l'acception usuelle du terme ; elles représentent les sommes que la compagnie doit avoir à disposition pour faire face à tous les risques, calculés d'après les bases techniques (tables de mortalité, etc.). Pour être plus concret, les réserves mathématiques de compagnies d'assurances constituent un compte de créanciers, en ce sens qu'elles représentent la somme que les assurés seraient en droit de réclamer à chaque instant, somme calculée d'après les données techniques de probabilité. Des primes ont été encaissées, mais l'événement prévu n'est pas arrivé. On ne peut cependant pas distribuer le montant de ces primes sous forme de dividendes aux actionnaires de la compagnie : l'événement aura lieu ou pourra avoir lieu dans un laps de temps indéterminé ; le risque est là. D'après les données statistiques de la probabilité, le montant assuré est ramené à sa valeur actuelle et c'est ainsi qu'il figure dans le bilan sous le terme général de *réserve de primes ou autre*.

On peut se demander maintenant jusqu'à quelle limite les bénéfices peuvent être diminués, soit par une sous-évaluation des postes actifs (réserves latentes), soit par la constitution de réserves.

Ni l'ancien Code des Obligations, ni le projet de revision de 1928 ne faisaient mention d'un droit des actionnaires à toucher un dividende ; les statuts devaient déterminer l'emploi des bénéfices réalisés¹. Mais si les statuts de prévoient rien de contraire, il fallait admettre qu'après les versements statutaires et légaux², et si le capital était intact³, la répartition doit avoir lieu. Cela constitue un droit acquis des actionnaires.

¹ A. T. F. 28 II, p. 485, cons. 3.

² C. O. rev., art. 671, al. 1 et 674. — C. O., art. 631.

³ A. T. F. 12 II, p. 364, cons. 3.

Le Tribunal fédéral¹ a statué à plusieurs reprises que le droit au dividende n'est pas un droit acquis de l'actionnaire, de par la loi, mais seulement si les statuts prévoient la répartition des bénéfices sous forme de dividendes. Or, dans le cas contraire, si les statuts ne prévoyaient rien à ce sujet, le droit au dividende de l'actionnaire n'existerait pas.

Il nous semble que c'est justement là un droit qui a été le plus pressant motif pour déterminer l'épargnant à placer son argent dans l'entreprise. Et si l'on admet la théorie selon laquelle est droit acquis de l'actionnaire tout droit sans l'octroi duquel celui-ci ne le serait jamais devenu, nous devons reconnaître que le droit au dividende est parmi les premiers d'entre-eux.

Nous ne voulons pas entrer dans la discussion pour savoir quels sont les droits acquis et lesquels ne le sont pas. La théorie a donné tant de versions différentes, qu'il serait difficile d'apporter ici, entre parenthèses, une étude quelque peu approfondie de cette question.

Qu'il soit simplement établi qu'ayant un droit essentiel², si nous osons nous exprimer ainsi, à une répartition du bénéfice, droit qui est du reste actuellement établi par la loi à l'article 660, l'actionnaire peut le faire valoir, en attaquant une décision qui réduirait le dividende au-delà des limites légales, statutaires ou simplement opportunes à la bonne marche de l'entreprise³.

On se trouve ici devant un dilemme : faut-il accorder à l'administration une liberté presque complète, ainsi que le fait la loi de revision du Code des Obligations⁴, en ce qui concerne l'évaluation des postes actifs et par conséquent la constitution de réserves cachées, ou bien faudrait-il plutôt garantir aux actionnaires la distribution intégrale des bénéfices ?

Dans le second cas, il faudrait prévoir dans la loi une énumération exacte de toutes les valeurs actives qui peuvent figurer au bilan, la manière de les évaluer, avec un plan précis de consti-

¹ A. T. F. 41 II, p. 618, cons. 4 ; 47 II, p. 436 ; 54 II, p. 24.

² Voir rapporteur Thalmann, dans Bull. stén. Conseil des États, session d'été 1931, p. 391.

³ Voir Staub, *Kommentar zum H. G. B. Anm. 8, zu § 261.*

⁴ C. O. rev., art. 663.

tution de réserves. Eventuellement, on pourrait laisser aux statuts la faculté de modifier dans une certaine limite ces dispositions légales. Ceci serait encore compatible avec cette ligne de conduite, puisque l'actionnaire, avant de souscrire, pourrait prendre connaissance de ces dispositions statutaires et évaluer, dans une certaine mesure, le degré de répartition des bénéfices. Nous n'avons pas besoin d'insister sur la difficulté technique, voire même l'impossibilité de réalisation pratique de cette idée.

Dans le premier cas, par contre, on s'expose à trouver des exemples où les conseils d'administration constituent des réserves cachées et de ce fait diminuent le dividende. Ceci a comme effet direct d'abaisser ou de maintenir bas le cours des actions par rapport à leur valeur intrinsèque. Après quelques années de cette évaluation, tout d'un coup, ou peu à peu, on réalise les réserves accumulées, le dividende augmente et partant le cours des actions également. Une superbe opération de spéculation a réussi : le conseil d'administration, seul au courant de la situation véritable de la société, a acheté à bas prix les actions, pour les revendre au cours élevé par la suite.

Il semble cependant que cette solution traitée en dernier lieu est la meilleure, car outre les difficultés presque insurmontables que l'on rencontre dans la réalisation de la première, on arrive tout de même par la dernière à avoir en Suisse la majorité des entreprises possédant de fortes réserves et nous avons déjà vu plus haut l'avantage immense qu'offre cette circonstance.

Les dividendes pourraient être encore diminués par des libéralités. Or, il est certain que si celles-ci ne sont pas prévues dans les statuts et que si, d'autre part, elles ne sont pas motivées par des considérations d'ordre strictement économique ayant un rapport étroit avec l'entreprise, la décision qui est à leur base peut être attaquée¹.

¹ A. T. F. 41 II, p. 618, cons. 4. Le T. F. s'exprime à ce propos en ces termes : « Eine andere Lösung könnte die Frage nur bekommen, wenn die angefochtene Zuwendung im Rahmen des Gesellschaftszweckes läge und die Förderung bestimmter Interessen der Gesellschaft im Auge hätte ».

Voir de même dans *Die schweiz. Aktiengesellschaft*, 1932-33, p. 170 : « Ist die Generalversammlung kompetent Geschenke zu machen ? ».

Le droit de l'assemblée générale de constituer des réserves même en dehors des prélèvements prévus par les statuts, si la consolidation de l'entreprise l'exige, a été implicitement traité dans ce qui précède. Nous n'y revenons plus.

Dès lors, le dividende auquel l'actionnaire a droit ne devient effectif qu'une fois que l'administration a fait ses évaluations et que l'assemblée générale a voté le dividende. Auparavant, il ne s'agit encore que d'une somme indéterminée qui peut être égale à zéro.

III. Organe constituant le pouvoir suprême de la société.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, ceci est le qualificatif que soit l'ancien Code des Obligations, soit la loi de revision de 1936, donnent à l'assemblée générale.

Elle est pouvoir suprême de la société du fait que soit la doctrine, soit la jurisprudence lui ont reconnu un caractère d'instance de recours contre toute décision prise par un autre organe. On s'est basé pour lui reconnaître ce droit sur l'appellation qu'emploie le Code des Obligations non-revisé, comme le nouveau, appellation que nous reproduisons en titre de ce paragraphe.

Cependant, ainsi que nous l'avons vu au § II de la section I du chapitre III, la loi de revision de 1936 a reporté sur l'administration le pouvoir « de prendre les décisions au sujet de toutes affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées soit à l'assemblée générale, soit à d'autres organes sociaux »¹. La question reste donc ouverte, et ce sera éventuellement à la nouvelle jurisprudence à la trancher, de savoir si l'assemblée générale ou l'administration constitue l'instance de recours.

Pouvoir suprême de la société, l'assemblée générale l'est tout particulièrement et indubitablement par l'étendue de ses compétences légales, compétences qui lui permettent de prendre des décisions modifiant l'acte fondamental de la société : les statuts.

¹ C. O. rev., art. 721, al. 2.

Laissant de côté les cas de vices de formes, nous avons constaté¹ que l'assemblée générale peut prendre valablement toute décision qui ne contrevient pas à une disposition de la loi, qui respecte les règles générales du droit et enfin qui soit motivée par les besoins de l'entreprise.

Dans ces limites, très larges, l'assemblée générale a tout pouvoir pour régler toutes les questions ayant rapport à la société. La subdivision que nous proposons ci-dessus, en titre de paragraphe, est par conséquent parfaitement justifiée.

Dans celle-ci, il y aurait lieu de traiter également tous les cas où une assemblée générale décide de donner ou d'enlever un avantage spécial à un actionnaire ou à un groupe d'actionnaires : monopole de fournitures de marchandises, avantages particuliers, quant aux tantièmes, etc. Il faut noter que ces décisions peuvent être prises aussi, non pas par la voie de modification aux statuts, s'il ne s'agit pas de clauses déjà insérées, mais par voie de contrats ordinaires². Tous ces cas peuvent être analysés d'après les données que nous avons traitées plus haut, pour ce qui est de la validité des décisions s'y rapportant. Nous nous bornerons à faire figurer ici trois cas de changements aux statuts, plus particulièrement intéressants.

a) Augmentation du capital.

Lorsqu'une entreprise, soit par suite de son extension, soit par suite de pertes antérieures, doit faire appel à des capitaux frais, elle émet une nouvelle tranche d'actions, à moins qu'elle ne préfère offrir des obligations au public. Cette seconde manière de faire peut avoir ses avantages, lorsque la société a de sérieuses garanties à donner et que par conséquent elle obtiendra les fonds à un taux d'intérêt avantageux ; d'autre part, il arrive assez fréquemment qu'un groupe d'actionnaires, ayant la majorité, ne veut pas la perdre en augmentant le capital-actions ; on recourra donc à l'émission d'un emprunt par obligations.

¹ Voir p. 93.

² Voir dans Raubold, *Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft*, p. 31, des abus qui peuvent se produire par la concession d'avantages particuliers.

L'émission de nouvelles actions sera régie, comme tout ce qui entre dans le cadre de l'économie politique, par la loi de l'offre et de la demande ; ou, pour mieux nous exprimer, puisque cette loi énoncée comme elle l'est d'ordinaire — le prix d'un bien varie en raison directe de la quantité demandée et en raison inverse de la quantité offerte — n'a pas une signification précise¹, disons que l'émission des actions est conditionnée par le degré d'ophélimité² qu'elle offre.

Suivant le cas, il faudra réserver des avantages plus ou moins grands aux nouveaux souscripteurs. On arrive ainsi à la création d'actions privilégiées ; le privilège consiste principalement et généralement en des avantages de nature pécuniaire et peut être l'objet de combinaisons des plus variées : priorité au dividende, dividende cumulé, part privilégiée à la liquidation, autres avantages faisant l'objet d'une clause statutaire.

Au contraire, si une affaire est en très bonne position et qu'elle ait besoin de nouveaux capitaux pour son développement, les avantages que la société offrira aux nouveaux souscripteurs d'actions seront moins importants. Elle pourra même leur demander une prime qui compensera leur droit de participer aux réserves que les premiers actionnaires ont constituées³. Le dividende, pour être fixé à un minimum avant que les autres catégories d'actions touchent le leur, sera peut-être aussi limité à un maximum. Pour nous rendre compte de l'importance que peut avoir, au point de vue financier, la souscription d'actions nouvelles d'une entreprise à bon rendement, rappelons que ces droits de souscription sont vendus isolément, dans le cas où les anciens actionnaires sont au bénéfice d'un droit préférentiel⁴.

¹ En effet, si le prix augmente ou diminue, en raison de la demande et de l'offre, les quantités demandées ou offertes par contre diminuent ou augmentent suivant le prix. Les deux parties de la proposition sont donc fonctions l'une de l'autre, réciproquement, de sorte qu'une solution ne peut être obtenue.

² Pareto, *Manuel d'économie politique*, chap. III, N. 32, p. 158 : « L'ophélimité, pour un individu, d'une certaine quantité d'une chose, ajoutée à une autre quantité déterminée (qui peut être égale à zéro) de cette chose déjà possédée par lui, est le plaisir que lui procure cette quantité ».

³ Le C. O. rev. prévoit à l'art. 624, expressément, ce qu'il advient de la prime versée par les nouveaux actionnaires.

⁴ Voir à ce sujet, p. ex., K. Wieland, *Handelsrecht*, T. II, p. 42.

L'augmentation du capital-actions peut avoir lieu, le cas échéant, par un virement d'écriture de fonds de réserves à capital. Les actionnaires recevront ainsi, en contre-partie des bénéfices qu'ils se sont abstenus de toucher, de nouvelles actions qui représentent elles-mêmes un capital que la société a amassé peu à peu et qui est investi dans l'entreprise, pour n'avoir pas été distribué sous forme de dividendes.

Cette augmentation par virement sera décidée dans une assemblée générale, laquelle statuera au vu des pièces justificatives, soit du bilan avec son poste de réserves ouvertes et du rapport des administrateurs, dans lequel il sera établi, avec plus ou moins de précision, la proportion de réserves cachées dans l'actif de la société. Dans ce cas, il n'y aura pas de seconde assemblée générale. Il ne peut, en effet, pas être exigé dans tous les cas que celle-ci constate la souscription intégrale de l'augmentation du capital, comme cela doit se faire lors d'une augmentation avec appel de nouveaux fonds; car, si la seconde assemblée était nécessaire en tous les cas, un apport en nature ne saurait être admis. On peut comparer l'augmentation de capital par virement de réserves ouvertes ou cachées à un apport en nature; la société elle-même, c'est-à-dire la collectivité des actionnaires, fait un apport de valeurs qu'elle a peu à peu laissé se constituer et qui sont réparties dans les divers postes actifs.

A cette occasion, il est à remarquer que le Tribunal fédéral a reconnu au nu-propriétaire, et non à l'usufruitier, le droit de revendiquer les actions gratuites distribuées lors de l'augmentation du capital par virement des réserves¹.

La loi de revision de 1936 du Code des Obligations reconnaît un droit préférentiel de souscription à l'actionnaire de la société, si les statuts ou la décision de l'assemblée relative à l'augmentation du capital n'en disposent autrement². Ceci constitue une innovation dans le droit suisse. Ainsi que le faisait remarquer à ce propos le Message du Conseil fédéral à l'appui du projet de revision de 1928³, cette disposition a essentiellement pour but

¹ A. T. F. 46 II, p. 473.

² C. O. rev., art. 652.

³ Message C. F., p. 31.

de renfreiner la tendance à l'augmentation inutile du capital. Chaque actionnaire aurait donc un droit à souscrire aux nouvelles actions dans une certaine proportion, proportion à déterminer suivant le nombre d'actionnaires. Cette mesure ne saurait évidemment être utile que dans les sociétés dont la marche est satisfaisante; il pourrait arriver dans ce cas que certains groupes financiers accaparent les bulletins de souscription pour les revendre avec bénéfice ensuite. Mais dans les sociétés qui doivent augmenter leur capital, par suite de mauvaises affaires et pour se procurer de nouveaux fonds, ce danger n'existe pas. Bon gré, mal gré, les actionnaires, ou du moins une partie d'entre eux, seront obligés d'engager eux-mêmes les nouveaux fonds nécessités par la situation, afin de sauver leur première mise, s'ils ne veulent pas abandonner trop d'avantages aux souscripteurs d'actions privilégiées, ou même risquer que la société tombe en faillite, faute de nouveaux fonds.

Nous estimons pour notre part cependant que cette nouvelle disposition n'atteindra pas le but que l'on s'était proposé; n'étant pas de caractère impératif, il s'ensuivra que dans une société en bonne posture, les gros actionnaires qui ont intérêt à souscrire, obtiendront un vote de majorité, décidant de ne pas tenir compte du droit préférentiel de souscription. On peut avancer par contre l'argument du droit pour les actionnaires d'attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale¹. Mais, outre que nous ne croyons pas à l'efficacité fréquente de l'exercice de ce droit, parce que les actionnaires n'y ont recours que rarement, nous ne concevons pas très bien pourquoi l'article en question n'a pas été prévu comme impératif. En effet, pourquoi ne pas garantir, en tous les cas, un droit de souscription à chaque actionnaire qui en fait la demande? Puisque le droit n'est réservé qu'à l'actionnaire qui veut souscrire, il est clair que s'il n'y a pas assez de souscripteurs dans la société elle-même, celle-ci pourra toujours avoir recours au capital de nouveaux intéressés.

Tout comme n'importe quel changement aux statuts, la décision d'augmentation du capital doit faire l'objet d'un acte authentique et d'une inscription au Registre du Commerce².

¹ Voir Bull. stén. Conseil des Etats, session d'été 1931, p. 364.

² C. O., art. 626, al. 1; C. O. rev., art. 647, al. 1 et art. 653.

Ainsi que lors de la fondation de la société, l'assemblée constitutive doit constater la souscription du capital et la libération de la part légale, l'assemblée qui a décidé l'augmentation du capital doit se réunir une deuxième fois pour faire les mêmes constatations, afin de pouvoir joindre à la demande d'inscription au Registre du Commerce les pièces authentiques exigées.

Il en est de même si le conseil d'administration a été investi par une précédente assemblée du pouvoir de procéder par tranches successives à l'émission de nouvelles actions quand le moment opportun lui paraîtra venu, donc sans qu'il y ait eu de décision de l'assemblée générale pour chaque augmentation du capital; ceci dans le but également d'établir les pièces nécessaires à l'inscription au Registre du Commerce ¹.

Remarquons que si les actionnaires déjà existants appartiennent à des catégories différentes, la décision d'augmentation du capital doit être prise séparément par chaque catégorie qui subit du fait de l'augmentation un préjudice quelconque, sans que pour cela des assemblées distinctes soient requises ². Cette idée découle de la théorie selon laquelle les droits, sans l'obtention desquels un actionnaire n'aurait pas souscrit les actions, ne peuvent lui être enlevés sans son propre consentement; or, comme la souscription n'a pu être obtenue dans certains cas que par diverses concessions, ces privilèges entrent dans cette catégorie de droits. Mais d'un autre côté, comme l'exercice illimité de ce droit empêcherait tout nouveau développement de la société et comme les actionnaires n'ont pas un droit acquis au maintien du capital à son premier montant, qu'ils soient actionnaires privilégiés ou non ³, il n'est pas admissible que l'unanimité de tous les actionnaires de tous les groupes intéressés doive être obtenue. Un vote de majorité, tout d'abord de l'ensemble des actionnaires, puis du groupe ou des groupes dont les intérêts sont mis en cause, suffit.

¹ Feuilles fédérales 1923, vol. I, p. 792, Circulaire aux Préposés des Registres du Commerce.

² Voir Möhring, *Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft und die Opposition*, p. 71.

³ A. T. F. 26 II, p. 432, cons. 3.

b) Réduction du capital.

Puisqu'il s'agit également d'un changement aux statuts, la décision de l'assemblée générale concernant une réduction du capital doit être prise en observant les règles qui s'y rapportent. La réduction du capital peut avoir lieu dans trois cas distincts : lorsque l'extension de l'entreprise est trop grande par rapport aux nécessités techniques et commerciales, lorsque les bénéfices ou les réserves accumulées permettent le remboursement aux actionnaires d'une partie ou de la totalité de leur mise de fonds et enfin dans le cas de pertes si considérables que les bénéfices de plusieurs années consécutives ne sauraient les combler.

Ces trois cas qui paraissent à première vue être si différents entre eux correspondent, au point de vue comptable, à des phénomènes fort semblables. En effet, dans le premier cas, soit de la trop grande extension de l'entreprise, le capital engagé est trop fort. Le mot « capital » est ici employé, non pas au sens juridique et commercial du terme, mais au sens que lui donne l'économie politique, soit la partie des biens que l'on s'est abstenu de consommer et qui, une fois épargnée, est remise à la disposition de la production. Comme l'entreprise peut fonctionner normalement avec un capital moindre, une partie de ce dernier est remboursée, c'est-à-dire extériorisée de l'entreprise ; dans ce but, il faut liquider une partie des actifs de la société.

Dans le second cas, on diminue la part du capital social correspondant à la totalité ou à une fraction des réserves constituées, c'est-à-dire à la part des bénéfices qui n'a pas été distribuée au cours des exercices précédents. Donc, comme dans le premier cas, on réalise une partie des actifs qui sera distribuée aux actionnaires sous forme de remboursement. Mais cette fois l'importance des fonds mis à la disposition de l'entreprise ne sera pas diminuée par rapport au capital effectivement versé ; ce seront les réserves qui constitueront la contre-partie de la fraction remboursée du capital. Cette réduction du capital est pratiquée pour des raisons fiscales, puisqu'une distribution des réserves sous forme de dividende serait frappée d'une imposition trop lourde.

L'assemblée générale peut décider, tout comme elle peut le faire en cas d'augmentation du capital, jusqu'à quelle limite celui-ci pourra être réduit, laissant à l'administration le soin de l'exécuter comme elle l'entend par tranches successives et aux moments qu'elle choisira. Ceci peut être utile pour pouvoir réaliser à des instants propices certaines valeurs actives.

En ce qui concerne la diminution du capital par suite de pertes éprouvées, l'idée comptable reste la même ; mais dans ce cas la diminution d'actif est déjà accomplie, et comme le passif externe ne change pas, c'est le capital engagé, ce que l'on appelle les fonds propres, qui a été diminué, pour autant que des réserves n'ont pas été mises à contribution. Notons en passant que la distribution de dividendes est interdite tant que le capital n'est pas reconstitué intégralement. Au lieu d'espérer rétablir la situation par des bénéfices subséquents éventuels, l'on préfère, ou l'on est astreint, à s'adapter à la situation réelle immédiatement, c'est-à-dire à concrétiser en écritures comptables l'état des faits : une partie du capital engagé qui a été transformé en valeurs actives n'existe plus.

Il est évident que dans les deux premiers cas, la diminution du capital et par conséquent la réduction effective d'actif pourrait porter préjudice aux créanciers de la société, par le fait d'une répartition aux actionnaires. Ceci n'est pas le cas dans la troisième éventualité, car une partie de l'actif est déjà perdue et la réduction du capital ne fait qu'adapter le bilan à la situation réelle de l'entreprise.

Il va sans dire que le remboursement d'une partie du capital aux actionnaires pourrait être l'occasion de graves malversations au détriment des créanciers, si l'on réalisait les valeurs de grande liquidité au profit des actionnaires, ne laissant aux créanciers que la partie la moins avantageusement réalisable. Aussi la loi a-t-elle pris des dispositions pour que les sommes à rembourser ne soient distribuées qu'une fois les créanciers désintéressés ou que ceux-ci aient eu l'occasion de présenter leurs créances ¹.

Le projet de revision de 1928 du Code des Obligations ne prévoyait l'application des règles spéciales de dissolution pour le

¹ C. O., art. 670 et aussi 667.

cas de remboursement du capital que s'il y avait réduction de capital pour obtenir simplement une diminution d'extension de l'entreprise¹. Nous estimons qu'il faisait erreur de ne pas étendre ces règles également en cas de remboursement du capital, au moyen de bénéfices et de réserves constituées. En effet, il se peut que souvent il ait été fait crédit à la société justement en raison de ces fortes réserves et de ces bénéfices non-distribués accumulés. La loi de revision de 1936 a étendu à tous les genres de réduction de capital l'application des règles spéciales prévues pour la dissolution, tout en précisant certains points concernant les décisions y relatives de l'assemblée générale. Elle demande d'autre part le rapport préalable d'un office de revision, prescription qui, soit dit entre parenthèses, ne se justifie pas dans beaucoup de cas.

Remarquons encore plus spécialement que les réserves peuvent, non seulement permettre le remboursement d'une partie du capital social aux actionnaires, mais dans certains cas, il est possible de libérer ainsi les actionnaires des versements qu'ils auraient encore à effectuer.

La réduction peut s'effectuer, soit par diminution du montant nominal des actions, soit par retrait d'une certaine proportion de celles-ci. Dans ce dernier cas, comme la qualité d'actionnaire est un droit acquis à chacun d'eux, elle ne peut par conséquent pas leur être retirée et c'est pour cette raison que l'on a recours à l'émission d'actions de jouissance, grâce auxquelles les actionnaires dont les actions ont été retirées gardent leurs droits de sociétaires. On peut se demander si ces derniers sont de nature sociale et administrative seulement ou si les droits pécuniaires y sont également rattachés. On est tenté de répondre par la négative à cette seconde solution, puisque le capital investi a déjà été remboursé. Pour notre part cependant, il nous semble que si un actionnaire n'était possesseur que d'un seul titre, le droit de toucher le dividende qui aurait été attribué à l'action retirée devrait lui être reconnu. Car que signifierait pour lui le droit de coopérer à la gestion des affaires de la société, s'il n'y avait plus possibilité d'obtenir une quote-part des bénéfices éventuels ? Pour celui

¹ P. 1928, art. 743, al. 2.

qui possède plusieurs actions, il est évident que les actions de jouissance, même si elles ne rapportent rien, lui aideront à faire valoir ses opinions. Il s'agit ici de cas qu'il appartient aux statuts d'envisager et de régler, mais que la loi pourrait cependant fort bien prévoir ¹.

Pour garantir la couverture des créances existantes contre la société qui a réduit son capital, soit dans le but de restreindre l'importance de l'entreprise, soit en raison des réserves constituées, la loi allemande a prévu que, pendant une année après la décision et la publication de la réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires ².

En Suisse, du fait que les règles de la dissolution sont applicables également en cas de réduction du capital, l'effet obtenu est pratiquement le même.

Notons encore qu'en cas de réduction du capital par suite de pertes éprouvées, et si celles-ci ont réduit le capital de moitié, l'administration est tenue de convoquer immédiatement une assemblée générale des actionnaires ³ ; il s'agit donc ici d'une assemblée générale extraordinaire, au sens que nous lui avons donné plus haut. Si l'actif est non seulement diminué du montant du capital social, mais encore d'une partie des fonds étrangers mis à la disposition de l'entreprise, dettes obligataires, hypothécaires, dettes vis-à-vis des fournisseurs, de banques et autres, l'administration est tenue d'en aviser le juge compétent afin qu'éventuellement la société soit mise en faillite.

c) Dissolution de la société par décision de l'assemblée générale.

Sans qu'il y ait eu des pertes si considérables que les administrateurs aient été obligés de déposer le bilan de la société, sans qu'il y ait de faillite par voie de procédure ordinaire de poursuite

¹ Le C. O. rev., art. 657, al. 4, prévoit expressément que les actions de jouissance confèrent également le droit de participer au bénéfice net et au produit de la liquidation. Il généralise ainsi ce que nous prévoyions que pour des cas isolés ; qu'il nous soit permis de mettre en doute la justification du droit attaché à ces actions de jouissance de participer au produit de la liquidation.

² H. G. B., § 289, « Das Sperrjahr ».

³ C. O., art. 657 et C. O. rev., art. 725.

pour dettes, et sans qu'il y ait un terme prévu aux statuts pour la dissolution de la société, celle-ci peut être décidée par une assemblée générale¹.

On peut se demander, pour le cas où les statuts ne prévoient rien en cette matière, si cette décision est de la compétence d'une assemblée générale ordinaire, en admettant que la question soit portée à l'ordre du jour ou si, au contraire, il serait nécessaire de réunir un quorum spécial et d'obtenir une majorité plus forte que la moitié des voix représentées plus une. D'après le Code des Obligations non-revisé, la question n'était pas tranchée et l'on trouve des auteurs qui admettent que cette décision n'a rien d'une modification aux statuts et que par conséquent celle-ci peut être prise à une assemblée générale ordinaire, à une majorité simple².

Cette solution nous semble cependant pas avoir été la bonne, puisque la loi demandait pour les décisions par lesquelles la société étend le cercle de ses opérations ou le restreint, toujours à moins de disposition contraire des statuts, un quorum des deux tiers³. Or, si ce quorum était demandé pour une décision relative à la restriction du cercle des affaires, il nous semble avoir été doublement requis pour celle concernant la dissolution de la société.

En effet, les actionnaires ont intérêt à ce que pareille décision ne puisse être prise qu'à une assemblée générale réunissant un certain quorum, afin que la continuation d'existence de la société leur soit garantie dans une certaine mesure. Que la loi ne contenait pas de disposition d'ordre impératif à ce sujet, cela ne change en rien à cette idée. Si les statuts ont expressément prévu le cas de la dissolution par décision de l'assemblée générale, en établissant des règles spéciales, les actionnaires auront pu en prendre connaissance auparavant et il ne saurait être question d'une atteinte à leur droit acquis. D'autre part, le fait que pour la dissolution de la société il faut l'inscription de la

¹ C. O., art. 664, ch. 2 et C. O. rev., art. 736, ch. 2.

² Voir par exemple Zehnder, *Die Generalversammlung bei den Aktiengesellschaften*, p. 189, qui lui-même cite Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, T. II, N. 906 bis.

³ C. O., art. 627, al. 2.

décision y relative au Registre du Commerce et l'acte authentique nécessaire, prouve clairement qu'il s'agit d'une modification aux statuts. Grâce à ce raisonnement, on arrive à la conclusion énoncée ci-dessus, car la loi demande pour chaque modification aux statuts un acte authentique et l'inscription au Registre du Commerce¹.

La loi de revision de 1928 du Code des Obligations a, par contre, inséré expressément, parmi les cas où un quorum est exigé, celui de la dissolution avant le terme fixé par les statuts². Cette disposition est évidemment applicable même si les statuts n'ont pas prévu de terme. Encore que cette prescription ne soit que de droit subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle laisse aux statuts la faculté de la modifier, la loi de 1936 n'en suit pas moins la même idée que nous venons d'émettre plus haut et confirme notre opinion.

En opposition à la nature dispositive de cet article de la loi de 1936, nous mentionnerons encore la nature impérative de celui qui le précède³ et qui règle la majorité et le quorum moyennant lesquels des décisions peuvent être prises concernant la transformation du but social et, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, relatives à la suppression de clauses statutaires de majorité et de quorum plus sévères que les règles légales.

Il nous semble qu'il eût été utile de prévoir cette même entrave légale lorsque l'on voudrait insérer dans les statuts des dispositions se rapportant aux cas pour lesquels la loi n'a posé que des règles d'ordre subsidiaire et où les premières seraient moins sévères que les secondes. Pour que le but soit parfaitement atteint, il faudrait même prévoir que ces clauses statutaires doivent être acceptées par l'assemblée constitutive aux mêmes conditions que celles prévues pour les apports en nature.

¹ C. O., art. 626.

² C. O. rev., art. 649.

³ C. O. rev., art. 648.

CHAPITRE V

Quelques mots de conclusion

1. Conclusion juridique :

La nature juridique véritable de l'assemblée générale de la société anonyme.

Après les constatations et les investigations qui précèdent, on peut se demander ce que représente, au point de vue juridique, l'assemblée générale dans la société anonyme et quelles sont les conséquences d'ordre pratique qui découlent de cette nature juridique.

La première réponse qui vient à l'esprit est la suivante : l'assemblée générale est un organe de la société anonyme.

Par la comparaison des collectivités d'individus aux personnes physiques elles-mêmes, on est arrivé à la notion des organes de la personne morale. Celle-ci exprime sa volonté par ses organes¹.

Le Code des Obligations non-revisé, du reste, faisait figurer l'assemblée générale sous la dénomination d'organe² ; du moins, il ne faisait point de différence entre le terme employé pour l'assemblée générale et celui pour l'administration et le contrôle. Il faut remarquer cependant que la loi de revision de 1936 ne fait jamais mention de l'assemblée générale en tant qu'organe.

C'est par ses organes que la personne morale exprime sa volonté. En admettant même que ces articles généraux du Code

¹ C. C. S., art. 55, al. 1.

² C. O., art. 642.

civil suisse, concernant les personnes morales, ne se rapportent pas à la société anonyme¹, il est cependant clair que c'est là qu'il faut chercher une définition juridique générale de l'organe qui elle, certainement, s'applique aussi à l'organe de la société anonyme.

Or précisément, normalement l'assemblée générale ne porte aucune décision directement à l'extérieur de la société²; il semblerait ainsi qu'elle n'est pas un organe. Elle est donc la société elle-même, ainsi que le prétendent certains auteurs³. Cette acceptation pourrait être encore renforcée du fait que l'action en nullité d'une décision de l'assemblée générale ne doit pas être intentée contre celle-ci, mais bien contre la société elle-même⁴. L'assemblée générale n'est donc pas considérée comme un agrégat d'individus qui prennent les décisions sous leur propre responsabilité, mais bien plutôt comme un ensemble d'individus qui sont la société elle-même, puisque c'est celle-ci qui, en tant que personne morale, est partie devant le juge.

D'un autre côté, il nous semble bien qu'avec le même argument, l'on pourrait arriver à une conclusion contraire : justement, parce que ce n'est pas l'assemblée générale qui est partie lorsqu'une de ses décisions est attaquée en justice, mais bien la société elle-même, l'on peut affirmer que l'assemblée générale n'est pas la société elle-même et que l'on ne saurait prendre l'une pour l'autre.

Pour notre part, nous pensons expliquer le problème comme suit : l'assemblée générale est le pouvoir réunissant les actionnaires qui peuvent collectivement prendre valablement des décisions en ce qui concerne les affaires sociales. A tout prendre, on ne peut le nier, ce ne sont que les personnes physiques qui sont les vrais sujets de droit ; il faut donc qu'il y ait d'abord une première décision émanant de personnes physiques, après quoi,

¹ Voir Suter, *La responsabilité de la société anonyme à raison des actes illicites de ses représentants*, p. 130 et s.

² Horowitz, *Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien*, p. 9.

³ Suter, *La responsabilité de la société anonyme à raison des actes illicites de ses représentants*, p. 66.

⁴ Curti, *Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz*, p. 106.

une fois que certaines conditions sont remplies, ces décisions engagent la société tout entière.

En effet, il n'est pas facile de substituer la notion de société anonyme à celle d'assemblée générale ; la première est un organisme autrement plus complexe, plus abstrait aussi, car elle sous-entend une foule de rouages distincts qui tous sont nécessaires à la bonne marche de l'entreprise ; tandis que l'assemblée générale correspond à une idée plus concrète, plus réaliste : on se rend compte de cette réunion de personnes physiques, vivantes, qui discutent et défendent leur point de vue ou, du moins, qui sont présentes.

Une fois la décision prise à l'assemblée générale, celle-ci n'est valable que si elle n'est pas attaquée et déclarée nulle en justice. Il résulte de ce fait que même si tous les actionnaires n'ont pas pris part à l'assemblée générale, même si peut-être une infime partie seulement y a assisté, la décision de celle-ci fait loi pour la société anonyme elle-même, tout entière, si aucune action n'a été intentée pour la déclaration en nullité de cette décision.

Les actionnaires qui ont tous un droit d'intenter cette action reconnaissent par leur abstention accepter la décision prise pour eux-mêmes et pour la société ; il n'est par conséquent pas possible d'actionner en dommages et intérêts les actionnaires qui ont pris, à l'assemblée générale, une décision portant préjudice à la société.

Une fois que la décision a acquis la plénitude de sa valeur, elle est opposable à tout le monde, et l'on ne saurait discuter son opportunité, du moins en ce qui concerne la responsabilité individuelle des actionnaires qui ont concouru à la formation de volonté. Lorsque les bases légales et statutaires sont données et confirmées par l'absence d'action en nullité, la décision de l'assemblée générale est la décision de la société anonyme elle-même. On peut donc constater, à notre avis, deux phases successives dans la formation de volonté de la société : premièrement, la décision prise à l'assemblée générale, puis cette décision devenue la volonté de la société ; ainsi serait faite la distinction entre l'assemblée générale et la société anonyme.

Remarquons que si le terme d'organe ne s'appliquait pas à l'assemblée générale, ce serait uniquement en raison de sa fonction tout intérieure qui ne correspond pas à la définition de l'organe

donnée par le Code civil suisse. Cependant, ainsi que nous l'avons vu, la notion d'assemblée générale et celle de société anonyme sont loin de se couvrir, de sorte que, malgré la difficulté d'ordre doctrinal, qui n'est certes pas négligeable, nous admettons que l'assemblée générale est bien un organe de la société anonyme.

II. Conclusion économique sinon sociale :

***Ce que le législateur a voulu faire, économiquement,
de l'assemblée générale et ce que celle-ci est
en réalité le plus souvent.***

a) L'exercice des droits sociaux par les actionnaires.

La théorie et la loi ont institué l'assemblée générale en tant qu'organe suprême de la société anonyme ¹. Elles lui ont réservé, ainsi que nous l'avons vu, des compétences très étendues tant au point de vue de la gestion que de celui du contrôle de l'entreprise. L'actionnaire individuel peut y exercer ses droits, qui sont importants et ne peuvent lui être enlevés, si petite que soit sa participation financière. Il a le droit, s'il se sent lésé, d'attaquer en justice une décision de l'administration ou de l'assemblée générale ². C'est dans l'assemblée générale que doit se former la volonté de la société.

Il y a une différence capitale entre la réglementation des relations juridiques d'une personne physique et celle des relations juridiques d'une personne morale.

Pour les personnes physiques, le législateur peut et doit se borner à régler leurs relations juridiques, en ce qu'elles ont d'extérieur, c'est-à-dire pour autant qu'elles les mettent en contact avec d'autres sujets de droit. En effet, la formation de

¹ C. O., art. 643 ; C. O. rev., art. 698, al. 1.

² Voir p. 89.

volonté des personnes physiques ne peut être soumise à une règle de droit, puisqu'elle n'est pas susceptible d'être saisie par les sens et n'est pas contrôlable directement.

Il n'en est pas de même de la formation de volonté de la personne morale. Ce n'est pas un phénomène naturellement unitaire, mais bien un phénomène juridique, par lequel la volonté de la collectivité, se composant de la multiplicité des volontés individuelles, prend naissance¹. Elle peut et doit donc être l'objet de règles de droit, quant à la forme et aux limitations de compétences.

L'assemblée générale est donc l'organe le plus nécessaire. N'étant pas une personne physique, la société anonyme n'a pas sa volonté propre ; et cependant, il lui faut, puisqu'elle est considérée en droit comme un être indépendant, une volonté qui ressorte de cette collectivité d'associés. Tout naturellement, on a admis comme volonté du groupe la volonté concordante des associés. Mais comme une telle volonté concordante ne peut être obtenue que dans des cas excessivement rares, on en est arrivé forcément à considérer la volonté d'une majorité comme étant celle de tous les membres du groupe, comme étant l'expression de la volonté de la société elle-même.

Voilà en quoi consiste la théorie. Mais dans la pratique, pour la plupart des cas, l'assemblée générale est devenue le plus insignifiant des organes².

Les actionnaires en général ne sont pas co-propriétaires de l'entreprise, mais simples possesseurs d'un papier-valeur négociable ; cela n'empêche pas que le législateur doive les considérer comme tels³.

Au point de vue de la gestion, les actionnaires qui viennent à l'assemblée générale acceptent purement et simplement le rapport et les propositions du conseil d'administration ; et c'est cet ensemble de personnes qui constitue l'organe où doit se former la volonté de la société.

¹ Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 608, 613 et s.

² Hug, *Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes*, p. 27.

³ Schwile, « L'amélioration de la situation de l'actionnaire d'après le projet de revision du Code des Obligations » dans *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1933, p. 353.

Pratiquement, les actionnaires qui prennent part à la gestion de la société sont assez puissants pour qu'ils fassent partie du conseil d'administration. C'est là que se forme la volonté de la société. L'acquiescement des quelques autres actionnaires qui ont bien voulu se déranger pour prendre part à l'assemblée générale n'est qu'une simple formalité. Parfois un des membres de l'assemblée demande la parole pour satisfaire à un besoin personnel de dire quelque chose : une proposition ou une critique, ou encore bien souvent, un discours très général sur la dureté des temps présents. La proposition ou la critique, n'étant appuyée par aucune donnée bien établie, faute de préparation, est vite reléguée à l'arrière plan, par une déclaration pleine de condescendance et de gratitude bienveillante d'un membre du conseil d'administration.

L'idée fondamentale dans le fonctionnement de la société anonyme moderne, suivant laquelle les intérêts de la société sont sauvegardés naturellement par la majorité, n'est que rarement justifiée. Cette idée toute démocratique renferme les mêmes erreurs que la démocratie poussée trop loin ; de plus elle a, appliquée à la société anonyme, société de capitaux par excellence, l'énorme inconvénient qu'un seul individu qui a investi un capital suffisant dans l'entreprise peut contrebalancer en sa faveur la décision qu'a prise un nombre imposant d'autres individus, moins engagés financièrement.

Mais, dira-t-on, puisqu'il a engagé un plus gros capital dans l'entreprise, l'actionnaire important a par conséquent un intérêt d'autant plus grand à la bonne marche des affaires et même, si c'est lui qui mène l'entreprise à l'exclusion des autres actionnaires, il n'en peut résulter pour eux aucun désavantage matériel.

C'est là que réside l'erreur : l'intérêt d'un individu pour l'entreprise ne croît pas nécessairement en fonction du capital qu'il y a engagé.

Il se conçoit facilement qu'un capitaliste, tout en étant fortement engagé dans une entreprise, le soit plus encore dans une autre ou, plus simplement, que le capital qu'il a investi, sans être très important comparativement à sa fortune, représente tout de même la majorité des actions d'une société relativement petite. Il pourra ainsi mettre celle-ci entièrement au service d'une autre,

peut-être plus importante, où ses intérêts sont encore plus forts. Il se servira gratuitement des services de capitaux appartenant aux autres actionnaires de la première entreprise¹.

Ceux-ci ont bien un droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale ou même d'intenter une action en dommages et intérêts contre les administrateurs. Mais bien souvent, il s'agit de contrats passés, selon la répartition normale des compétences, par l'administration et dont les actionnaires ne savent rien. Ils voient tout simplement les dividendes qui leur sont servis diminuer jusqu'à tomber à zéro.

Même s'ils ont eu connaissance de ces contrats qui sont tout à leur désavantage, les actionnaires ne peuvent pas attaquer leur validité, puisqu'ils ont été signés par l'organe compétent de la société; par contre, ils pourraient poursuivre les administrateurs en dommages et intérêts en raison de leur mauvaise gestion². Ainsi le principe selon lequel les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties est rompu dans ce cas, puisque ce sont quasiment des tiers qui intendent l'action. En effet, juridiquement, c'est la société elle-même qui est partie co-contractante.

Nous n'avons pas à nous occuper ici des distinctions que l'on fait entre dommages primaires et dommages secondaires, ni de savoir qui a le droit d'intenter l'action selon les cas: la société comme telle ou les actionnaires individuellement³. La doctrine est du reste divergente sur ces points.

Mais ce qu'il nous importe de savoir ici, c'est que souvent l'administration pourra se retrancher derrière la décharge qui lui a été octroyée par l'assemblée générale et que d'autre part, faute de preuves suffisantes, le demandeur n'a pas souvent gain de cause. Du reste, il nous semble que les combinaisons auxquelles nous nous reportons sont suffisamment claires pour prouver, sans autre, que l'idée selon laquelle les intérêts de la société sont sauvegardés naturellement par la majorité est loin d'être justifiée dans la réalité.

¹ Voir Sontag, *Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht*, p. 16.

² C. O., art. 674; C. O. rev., art. 754 et 755.

³ A. T. F. 44 II, p. 41, cons. 3.

Il va sans dire qu'il peut aussi se présenter des cas où le fait qu'un capitaliste est intéressé à plusieurs entreprises, se complétant les unes les autres, peut amener une heureuse et saine collaboration entre elles, dont l'effet se fait sentir dans leurs bilans et comptes de pertes et profits respectifs.

b) La participation à l'assemblée générale.

On est souvent étonné de voir avec quelle rapidité déconcertante le programme pourtant assez étendu de l'ordre du jour est liquidé par les assemblées d'actionnaires. Souvent celles-ci ne durent que quelques minutes, du moins leur partie officielle, prévue à l'ordre du jour ; une assemblée qui dure plus d'une heure est déjà une exception.

Si après la lecture du rapport du conseil d'administration, l'un des actionnaires pose une question, il est souvent fait mention du danger qu'il y a à élucider ce point, eu égard à la concurrence ; ou bien l'on répond simplement que l'affaire mentionnée est encore en suspens et le cas est alors liquidé.

Puis on passe, après le rapport des commissaires-vérificateurs à l'approbation des comptes, ainsi qu'à la proposition du dividende à distribuer. Très souvent ceci se passe même sans que l'assemblée vote. Le président constate tout simplement qu'il n'y a pas de contre-proposition.

De même les tractanda qui ne se répètent pas nécessairement toutes les années, ainsi l'élection de nouveaux administrateurs ou contrôleurs, la constitution de réserves extraordinaires, sont fréquemment examinés avec une célérité étonnante.

Le procès-verbal qui, quoiqu'il ne fût pas prévu par le Code des Obligations précédemment en vigueur, est lu régulièrement après l'assemblée ; celui-ci a souvent été préparé d'avance, de même que le rapport qui est transmis, le cas échéant, aux journalistes présents. Remarquons à ce sujet, que la loi de revision de 1936 fait expressément mention de l'obligation de tenir un procès-verbal de l'assemblée générale¹.

¹ C. O. rev., art. 702, al. 2 et art. 722, al. 3.

Nous nous permettons d'ici d'ouvrir une courte parenthèse concernant ce procès-verbal. Le fait de ne pas le mentionner constituait une lacune d'une certaine importance dans l'ancien Code des Obligations et l'innovation dans la loi de revision de 1936 mérite d'être soulignée. En effet, en parlant du droit d'intenter une action en dommages et intérêts contre les administrateurs ou les contrôleurs qui violent ou qui négligent leur devoir¹, la loi disait que la décision de l'assemblée générale qui libère les dits de leur responsabilité n'est opposable à un actionnaire dans son action individuelle que pour autant qu'il y ait adhéré. Or, il est évident que pour prouver cette adhésion ou cette non-adhésion, l'existence d'un procès-verbal est nécessaire.

On peut se demander à quelles causes il faut attribuer la non-chalance de la plupart des actionnaires pour ce qui est de l'assemblée générale; celle-ci constitue pourtant l'unique occasion de l'année où ils pourraient prendre part à la gestion de l'entreprise, dont ils sont en quelque sorte les co-propriétaires. Elles sont multiples et sont de nature tant matérielle que psychologique.

Tout d'abord, il y a la négligence du petit actionnaire qui est devenue de nos jours presque proverbiale. Souvent, il n'a acheté ses actions, non pas pour prendre part à la gestion d'une entreprise, mais simplement afin de placer un capital pendant une période plus ou moins longue; souvent il ne s'agit que d'une spéculation, au moyen de laquelle il espère pouvoir augmenter son patrimoine. Ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, le fait que les actionnaires occasionnels ne prennent pas part aux assemblées générales ne constituerait pas un dommage, bien au contraire.

Ce sont de gros actionnaires qui portent un intérêt vraiment constant à la gestion de l'entreprise; mais, dans la plupart des cas, ceux-ci font partie du conseil d'administration et c'est au sein de celui-ci que les grandes questions vitales pour l'entreprise et pour les divers gros actionnaires sont débattues. Ce n'est que lorsque l'unité n'a pas pu être sauvegardée à l'intérieur de cet organe que l'affaire est portée devant le pouvoir suprême de la

¹ C. O., art. 675.

société: l'assemblée générale. Nous faisons naturellement abstraction de tous les cas où, de par la loi, cette dernière est seule compétente pour prendre les décisions. C'est alors que tous les moyens sont mis en action par les parties opposées afin d'obtenir la majorité à l'assemblée générale: convocation personnelle des actionnaires susceptibles de voter dans le même sens que l'une des parties, discours impressionnants des représentants des deux tendances adverses du conseil d'administration et d'autres encore.

D'autre part, il existe des motifs purement matériels qui empêchent les petits actionnaires de prendre part à l'assemblée générale. Disons tout d'abord que chacun ne peut pas se déranger pour faire un voyage souvent très long, afin de prendre part à l'assemblée générale. Il y a aussi le facteur « temps » qui joue un rôle: tout le monde ne peut pas quitter ses affaires, même si l'on habite près du lieu où se tient l'assemblée. On se demandera, vu le rôle passif que l'on a à jouer en raison du petit nombre d'actions que l'on possède, s'il est vraiment indiqué de perdre une matinée ou une après-midi à y assister.

Un déchet important se produit aussi par le fait que les actions appartiennent à des femmes qui, quoiqu'elles aient pleinement le droit d'assister aux assemblées, n'en font pas souvent usage et ne se font pas représenter non plus. La même observation peut être faite en ce qui concerne les actions appartenant à des mineurs ou autres incapables.

A toutes ces causes, il faut en ajouter une dont l'importance doit être reconnue: les rapports de l'assemblée générale qui paraissent dans les divers journaux financiers ou autres donnent aux petits actionnaires un aperçu de ce qui a été décidé et les dispensent ainsi de se rendre personnellement aux assemblées.

En admettant même qu'il y ait une très bonne participation, il faut cependant reconnaître que bien peu de ces petits actionnaires sont capables, faute d'expériences et de connaissances, de défendre leur point de vue. Combien y en a-t-il, par exemple, qui sauraient demander clairement telle ou telle modification au bilan, afin d'augmenter le bénéfice à répartir et partant le dividende?

c) Le contrôle par les actionnaires.

En fait de contrôle de la part des actionnaires, celui-ci est souvent plus illusoire que réel. La plupart d'entr'eux n'ont que des notions très vagues de comptabilité, si bien que même s'ils allaient prendre connaissance des pièces qui doivent être mises de par la loi, à leur disposition¹, ils ne verraient que les chiffres disposés d'une manière spéciale, sans en comprendre vraiment la portée exacte.

Le droit pour les actionnaires de prendre connaissance des livres de comptabilité et de la correspondance doit être accordé par l'assemblée générale ou par l'administration. Si vraiment, par hasard, ce droit vient à être sollicité par un actionnaire, l'administration se retranchera derrière le principe de sauvegarde du secret des affaires. On le voit, le contrôle par les actionnaires n'est pas réel ; d'une part ceux-ci s'en désintéressent, parce qu'ils ne sont pas compétents, d'autre part un contrôle effectif ne leur est pas possible, en raison même des difficultés qu'ils rencontrent à vouloir contrôler les chiffres sur les pièces justificatives. Il faut convenir qu'il ne serait guère admissible de laisser venir sans autre tous les actionnaires consulter les livres et la correspondance de la société. Cela mènerait forcément à des abus.

A défaut de contrôle par les actionnaires eux-mêmes, on a institué les commissaires-vérificateurs. Ceux-ci ont une grande liberté en matière de contrôle. La loi de revision de 1936 pose même comme règle de droit impératif que les contrôleurs recherchent si le bilan et le compte de pertes et profits sont conformes aux livres, si ces derniers sont tenus avec exactitude et si l'état qui est dressé, tant de la fortune sociale que des résultats de l'entreprise, répond aux règles établies par la loi pour les évaluations en matière de bilan.

L'administration leur remet, pour l'accomplissement de cette tâche les livres et toutes pièces justificatives ; elle les renseigne,

¹ C. O., art. 641 ; C. O. rev., art. 694.

à leur requête, sur l'inventaire et les règles selon lesquelles celui-ci est établi, ainsi que sur des affaires déterminées ¹.

Ainsi la loi de revision est beaucoup plus explicite en matière de contrôle que ne l'était le Code des Obligations précédemment en vigueur qui, lui, ne faisait que mentionner le droit qu'ont les commissaires-vérificateurs d'exiger la production des livres avec pièces à l'appui, et de vérifier l'état de la caisse ².

Mais, ici de nouveau, la personnalité des commissaires-vérificateurs joue un certain rôle. Souvent la nomination à ce poste signifie le point de départ pour arriver, après quelques exercices, à l'administration; la compétence de ces personnes en matière comptable peut être parfois mise en doute. Leur rapport, qui doit être présenté par écrit ³, ne peut pas toujours servir de base à des considérations et des conclusions d'ordre comptable et administratif.

Aussi une nouvelle tendance se fait-elle sentir en Suisse, comme dans les divers pays qui nous entourent, pour confier le contrôle à des personnes indépendantes de la société et qualifiées pour accomplir cette tâche ⁴. Afin de rompre avec l'idée déjà invétérée que les contrôles intérieurs de la société anonyme exercés par les actionnaires désignés à l'assemblée générale comme vérificateurs de comptes, les actionnaires individuellement et l'assemblée générale en dernier lieu, sont suffisants, le nouveau Code des Obligations a prévu, d'une manière impérative, que toute société anonyme, dont le capital dépasse cinq millions de francs, ou qui a émis des emprunts par obligations, ou qui annonce publiquement qu'elle accepte de l'argent des tiers, doit faire examiner son bilan par des experts-comptables étrangers à la gestion. Les sociétés fiduciaires et les syndicats de revision sont assimilés à ces experts-comptables ⁵.

¹ C. O. rev., art. 728.

² C. O., art. 660.

³ C. O., art. 641, al. 1 : rapport écrit puisqu'il doit être déposé huit jours au moins avant l'assemblée générale et mis à la disposition des actionnaires avec le bilan et le compte de pertes et profits. — C. O. rev., art. 696 (10 jours au lieu de 8).

⁴ Curchod, *Le contrôle dans la société anonyme*, p. 21.

⁵ C. O. rev., art. 723, al. 1.

Comme nous l'avons vu plus haut, en parlant de la réduction du capital, le Code révisé demande aussi un rapport d'un office de revision, préalablement présenté à l'assemblée générale qui prend une décision relative à la réduction du capital ¹.

Il a du reste aussi prévu, à titre indicatif, que des sociétés fiduciaires et syndicats de revision, en tant que personnes morales, pouvaient être chargés du contrôle ².

A ce sujet, il convient de remarquer que c'est la loi fédérale sur le contrôle des banques, du 8 novembre 1934, qui a introduit en Suisse cette nouveauté du contrôle externe.

A notre avis, le cercle des sociétés anonymes soumises à ce contrôle externe devrait encore être étendu, en ce sens que le capital minimum prévu de cinq millions de francs est trop élevé.

Les avantages de cette manière de procéder dépassent certainement de beaucoup les inconvénients dont on tire les principaux arguments contre cette sorte de contrôle.

Ici, comme en d'autres points encore, la subdivision en compagnies privées et en compagnies publiques, telle qu'on la trouve très nettement établie dans la législation anglaise concernant les sociétés anonymes, serait très utile et mériterait d'être appliquée dans d'autres législations également ³. La discrimination entre ces deux catégories de sociétés se base sur le nombre d'actionnaires, en ce sens que pour la compagnie privée le nombre d'actionnaires ne peut dépasser cinquante, que le capital social n'a pas été constitué par souscription publique et que la vente des actions n'est pas libre. Toutes ces restrictions tombent pour la compagnie publique.

Si l'on posait, grâce à une distinction bien définie entre la société anonyme publique et la société de famille, certaines règles différentes pour chacune d'elles, les arguments que l'on a trouvés contre le contrôle extérieur obligatoire, exercé par une société fiduciaire ou un expert-comptable, perdraient beaucoup de leur valeur.

¹ C. O. rev., art. 732, al. 2.

² C. O. rev., art. 727, al. 3.

³ *Companies Act*, 1929, § 26, voir cette loi traduite *in extenso* en allemand dans Curti, *Die englische Aktiengesellschaft*, p. 101.

Il est clair qu'en raison même des charges très lourdes qui incombent, de par la loi, aux contrôleurs, et par le fait qu'ils sont responsables à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire et créancier de la société¹, il serait souhaitable que le contrôle soit exercé autant que possible par des personnes compétentes, munies d'un brevet fédéral d'expert-comptable, récemment créé; la chose est d'autant plus facilement réalisable que les contrôleurs ne doivent pas être nécessairement des actionnaires².

¹ C. O., art. 673 et 674; C. O. rev., art. 754.

² C. O., art. 659; C. O. rev., art. 727, al. 2.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Bibliographie</i>	7
<i>Avant-propos</i>	15

CHAPITRE I

<i>Délimitation de notre sujet</i>	17
--	----

CHAPITRE II

Importance économique de la société anonyme.

<i>Notions historiques</i>	21
I. Rôle de la société anonyme dans l'économie moderne	21
<i>a)</i> A quoi sert actuellement la société anonyme	21
<i>b)</i> Bref rappel de quelques points d'histoire	26
II. Les divers projets de revision des titres XXIV à XXXIII du Code fédéral des Obligations et la loi du 18 décembre 1936	30
III. Le projet du Conseil fédéral du 21 février 1928 et la loi définitive du 18 décembre 1936	32

CHAPITRE III

La volonté collective et son mode de formation.

(Situation de l'assemblée générale dans l'organisation interne de la société anonyme)	37
--	----

SECTION I

La volonté collective.	37
I. Généralités	37
<i>a)</i> Première définition.	37
<i>b)</i> Evolution historique du rôle et de l'importance de l'assemblée générale	39

II. Délimitation des compétences de l'assemblée générale par rapport à celles des autres organes de la société	41
III. Les diverses formes d'assemblées générales	46
a) L'assemblée générale constitutive	47
b) L'assemblée générale ordinaire	51
c) L'assemblée générale extraordinaire	58

SECTION II

Le mode de formation de la volonté collective (Du droit de vote dans les assemblées générales)	63
I. Participation des créanciers et d'autres personnes à l'assemblée	63
II. Droit de vote des actionnaires	65
a) Restrictions	65
1. Apport en nature	65
2. Décharge au conseil d'administration	65
3. Actions en mains de la société elle-même	66
b) Etendue du droit de vote	69
III. L'exercice du droit de vote par un représentant ; en cas d'usufruit ; en cas d'actions remises en nantissement ; actions en report	75
a) L'exercice du droit de vote par un représentant	75
b) Actions en usufruit et actions remises en nantissement	77
c) Actions en report	81

CHAPITRE IV

<i>Essai d'un classement des fonctions de l'assemblée générale</i>	85
A. Premier caractère classificateur : La société est ou n'est pas encore née comme personne morale	85
B. Deuxième caractère classificateur : Caractère habituel, normal ou au contraire extraordinaire, anormal des décisions de l'assemblée. (Attributions ordinaires et extraordinaires)	87
I. Les attributions ordinaires	88
II. Les attributions extraordinaires	89
C. Troisième caractère classificateur : La nature des décisions sociales au cours de l'existence normale de la société ; l'assemblée générale comme organe d'administration, de contrôle et comme organe constituant le pouvoir suprême de la société	95

I. Organe d'administration	95
a) Droit de nommer et de révoquer les administrateurs, les contrôleurs et les mandataires spéciaux	96
b) Décharge au conseil d'administration	99
II. Organe de contrôle	100
III. Organe constituant le pouvoir suprême de la société	109
a) Augmentation du capital	110
b) Réduction du capital	115
c) Dissolution de la société par décision de l'assemblée générale	118

CHAPITRE V

<i>Quelques mots de conclusion</i>	121
I. Conclusion juridique :	
La nature juridique véritable de l'assemblée générale de la société anonyme	121
II. Conclusion économique sinon sociale :	
Ce que le législateur a voulu faire, économiquement, de l'assemblée générale et ce que celle-ci est en réalité le plus souvent	124
a) L'exercice des droits sociaux par les actionnaires	124
b) La participation à l'assemblée générale	128
c) Le contrôle par les actionnaires	131

